



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

JOSÉ BONFIM SOBRINHO NETO

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA
TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL**

GUARABIRA
2018

JOSÉ BONFIM SOBRINHO NETO

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA
TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Cláudio Marcos Romero
Lameirão

**GUARABIRA
2018**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

S677c Sobrinho Neto, José Bonfim.
Crimes contra a dignidade sexual [manuscrito] : uma análise acerca da titularidade da ação penal / Jose Bonfim Sobrinho Neto. - 2018. 22 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2018.

"Orientação : Prof. Me. Cláudio Marcos Romero Lameirão , Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Dignidade sexual. 2. Estupro. 3. Titularidade da ação penal. 4. Ação direta de inconstitucionalidade. 5. Princípio da proibição da proteção deficiente.

21. ed. CDD 345

JOSÉ BONFIM SOBRINHO NETO

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA
TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL**

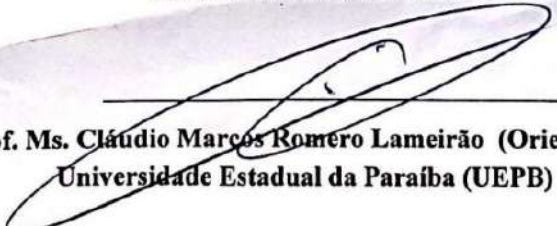
Trabalho de Conclusão de Curso da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Cláudio Marcos
Romero Lameirão

Aprovada em: 11/06/18.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Cláudio Marcos Romero Lameirão (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.ª Dr.ª Michele Barbosa Agnoletti



Prof. Ms. Edigardo Ferreira Soares Neto

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	04
2	A LEI 12.015 DE 2009.....	06
2.1	Tipo de ação	07
2.1.1	<i>ADI 4.301</i>	09
3	CONCLUSÃO	17
	REFERÊNCIAS	20

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL

José Bonfim Sobrinho Neto

RESUMO

O presente artigo visa uma observação prática, mas também filosófica acerca dos crimes contra a dignidade sexual, sua evolução histórica juntamente com os costumes, a mudança da sociedade no qual estamos inseridos e uma profunda análise conclusiva sobre a lei 12.015/2009 que reformou significativamente o código penal no título VI, que trata dos crimes sexuais, e com isso, se tornou um marco expresso do pensamento social moderno, alterando significativamente a titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, mas que se deparou com críticas doutrinárias assíduas, principalmente no tocante ao tipo de ação penal no delito constante do artigo 213, § 2º, crítica tão assídua que em 2009 ensejou uma ação direta de inconstitucionalidade movida (ADI 4301) pela Procuradoria Geral da União.

Palavras-Chave: Dignidade sexual. Estupro. Titularidade da ação penal. Ação direta de inconstitucionalidade. Princípio da proibição da proteção deficiente.

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em crimes de cunho sexual, inexoravelmente se pensa logo no crime de estupro, e tem um porquê de ser. Tal conduta delituosa, sem dúvida por ser uma das mais graves, é também uma das mais antigas. Desde os primórdios, em muitas civilizações antigas, o crime de estupro já era tratado com tamanha severidade, justamente porque, numa sociedade patriarcal, sendo o homem um ser de posse, o sentimento de revolta era muito mais acentuado. Por sentimento de compaixão ou não, quando uma mulher é violentada, o homem se põe logo no lugar do pai/marido/namorado daquela vítima e sem dúvida, por isso, o sentimento de repulsa se eleva significativamente.

Pelo exposto, esse crime já era previsto em diversos códigos antigos. No direito Romano antigo, existia, por exemplo, a figura do “*stuprum*”, que nada mais era ter união sexual sem consentimento com mulher viúva, mas também era tipificado o crime de estupro, caracterizado por ter união sexual ilícita com mulher não casada. Nessa época, como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt, a conjunção carnal violenta era considerada como *crimen vis*, punido com a pena de morte.

De igual modo ao direito romano, na idade média existia previsão legal do delito em questão, sendo a pena de morte a consequência para quem o praticasse. Da mesma forma, no Brasil colonial, a morte também era a pena prevista.

Somente com o passar do tempo, com a mudança histórica do pensamento através do início da humanização das penas é que com o Código Penal imperial de 16 de dezembro de 1830 é que a pena de morte foi abolida, trazendo então a cominação da pena para 3 (três) a 12 (doze) anos de reclusão, devendo o condenado dotar a vítima. Porém, existia a excludente de ilicitude se o criminoso casasse com a ofendida. Somente com o código penal republicano é que a figura do casamento, como excludente de ilicitude, dependia de uma previa autorização da ofendida, ou de seus representantes legais, bem como o delito também sofreu uma diminuição da pena.

Com o início da república e do século com XX, a mulher, foi, aos poucos, bem gradativamente começando a se situar na sociedade, a entender seu papel fundamental e com isso, a busca por maior qualidade de vida, como bem pontua Lucelene Garcia:

Historicamente, a mulher ficou subordinada ao poder masculino, tendo basicamente a função de procriação, de manutenção do lar e de educação dos filhos, numa época em que o valor era a força física. Com o passar do tempo, porém, foram sendo criados e produzidos instrumentos que dispensaram a necessidade da força física, mas ainda assim a mulher ficou numa posição de inferioridade, sempre destinada a ser um apêndice do homem, jamais seu semelhante. Esta compreensão aconteceu culturalmente a mulher, moldando-lhe sua existência conforme estas possibilidades apresentadas. No século XX, depois das grandes guerras mundiais, dos avanços científicos e tecnológicos, surge irrevogavelmente a possibilidade de outro espaço para a mulher. Por volta da década de 40, o feminismo dá seus primeiros passos, e com isso começa a pensar na possibilidade de um futuro diferente daquele que lhe reservaram culturalmente e historicamente. As mulheres já vinham em um processo, lento e gradual de conquistas sociais, econômicas e jurídicas, mas é a partir de então que se intensificam as discussões e lutas pela superação da situação das mulheres. Se comparados a milênios de inferiorização, submissão e desqualificação, os avanços conquistados, arduamente, nas últimas décadas são pequenos, mas fundamentais para a consolidação do processo histórico e cultural da mulher ao lado do homem com as mesmas possibilidades de ser na sociedade [1]

Nesse contexto, foi sancionado o código penal em 1940, no qual, à época, trouxe uma proteção mais significativa às mulheres, bem como, no campo de vista filosófico, principalmente em termos que diferenciava o mesmo tipo penal, apenas por caráter subjetivo da vítima, como por exemplo, o delito de estupro de mulher honesta, que apesar de possuir a mesma pena, mas possuía o adjetivo que ofenderia a própria vítima do crime, por não ter tratamento igualitário. Bem como implementou a figura do atentado violento ao pudor:

Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Outro ponto, ainda no ramo filosófico que marcou a mudança da conquista das mulheres no século foi a retirada da tipificação em apartado do delito de estupro de “mulher pública ou prostituta” que possuía uma pena até mesmo menor que o estupro de uma mulher de qualquer outra profissão, de modo a preservar a dignidade das mulheres que exercem tal profissão, visto que não poderia uma normal penal diferenciar o mesmo delito com base na forma que a vítima adquire seu sustento, pois ofende princípios como a dignidade da pessoa humana e igualdade e igualdade, bem como o artigo 5º da Constituição Federal vigente.

2 A LEI 12.015 DE 2009

O código Penal de 1940 é vigente até os dias atuais, bem verdade que bastante modificada, pois com a mudança constante dos costumes e dos pensamentos da sociedade, muitas normas, por serem abstratas e um reflexo dos anseios sociais à época, vão se tornando obsoletas e já não atendem mais às demandas da comunidade. Porém, no título dos crimes contra a dignidade sexual, sem dúvida a maior reforma se deu com o advento da lei 12.015 de 2009, onde alterou significativamente o título em questão, bem como foi um reflexo de como o legislador atendeu aos anseios da sociedade brasileira, que ao mesmo tempo em que tais delitos iam se tornando mais frequentes, as penas eram ainda vistas como brandas, bem como as críticas feitas pelos operadores do direito iam se tornando mais constantes, pois os mesmo entendiam que a forma como o legislador de 1940 tratou a titularidade da ação, beneficiava muitas vezes o réu e não protegia efetivamente a vítima e a sociedade como um todo.

O bem jurídico a ser preservado, a partir da literalidade determinada pela Lei n. 12.015 de 2009, é a liberdade sexual tanto da mulher quanto do homem, ou seja, a opção que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo negar tal relação inclusive com o próprio cônjuge, se assim desejarem.

Um dos quesitos mais marcantes dessa reforma foi a extinção do delito de “atentado violento ao pudor”, incorporado pela tipificação do crime de estupro. Vale lembrar que condutas que poderiam se encaixar no extinto “atentado violento ao pudor”, se consideradas

pelo juiz de mínima ofensiva, não deveria este aplicar uma sanção tão severa quanto a pena de estupro, mas aplicar a figura da “importunação ao pudor”, este previsto na lei de contravenções.

O estupro de vulnerável também sofreu uma significativa mudança, pois a idade da vítima foi reduzida em quatro anos, ou seja, agora é considerável vulnerável quem tiver menor de quatorze anos, ou seja, existe uma proibição absoluta de sexo para os menores de quatorze anos, e além de que a pena para este delito aumentou exponencialmente, passando o limite máximo de quatro para quinze anos de reclusão.

2.1 Tipo de ação

A titularidade da ação nos delitos contra a dignidade sexual, como já supracitado, também sofreu uma significativa mudança, visando atender aos anseios dos operadores do direito, que alegavam que, em vista ao princípio da proibição proteção deficiente, aliado ao maior interesse público, tais deveriam ser repassadas ao Ministério Público. Antes da referida lei só se procederia mediante queixa, excetuando apenas dois casos:

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Com o advento da “minirreforma”, houve um avanço, repassando a titularidade para as mãos do Ministério Público, se tomando ação pública condicionada à representação, excetuando os casos em que for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que neste caso, a ação é pública incondicionada.

E há uma razão de ser, pois nesses tipos de delitos, excetuando claro a hipótese dos vulneráveis, a lei confere à vítima a opção de processar ou não o agressor. Isto porque é socialmente mais adequado, uma vez que são nesses casos em que o crime produz um constrangimento muito mais gravoso que o habitual, geralmente dentro da sua esfera de intimidade, que a vítima pode não querer ver reproduzido durante toda a persecução penal. Destarte é que a lei lhe confere este direito.

Portanto, se não houver uma manifestação da vítima no sentido de querer ver seu agressor processado e punido, tal haverá a extinção da punibilidade no prazo de 06 (seis) meses, conforme o prazo de decadência presente no Código Penal. Isto em nada contraria o princípio da proibição da proteção deficiente, uma vez que o legislador conseguiu entender que seria socialmente mais oneroso à própria vítima que o Estado continuasse na titularidade da ação sem a anuência desta, não só a lembrando do fato que a feriu gravemente na alma e fisicamente, mas a expondo e lembrando ainda mais os momentos de dor.

Neste sentido expõe o procurador de justiça no Estado de São Paulo, Plínio Gentil:

“A existência de um processo, seja em autos físicos ou digitais, o seu manuseio por tantos, o tempo que demora o seu trâmite, a repetição em audiência pública dos fatos ocorridos, seja por parte das testemunhas, do réu ou da própria vítima, possivelmente levada a reencontrar o seu ofensor, configuram elementos naturalmente capazes de causar constrangimento e até vergonha para o ofendido. Daí porque o interesse público aqui cede lugar ao respeito à privacidade do particular, e é a ele que se entrega a decisão de pôr em movimento a máquina judicial. O condicionamento da ação visa a evitar o chamado *streptus judicii*, isto é, o alarde processual sobre fatos que envolvem a intimidade das vítimas de crimes sexuais.”

Outro ponto bastante curioso sustentado pelo autor supracitado diz respeito à conversão no tipo de ação penal nos delitos contra a dignidade sexual. Nesse tipo de delito, pode se dar a conversão de uma ação pública incondicionada em condicionada, isto porque o decurso do tempo é essencial para tal conversão, entendendo assim que se uma pessoa sofrer, por exemplo, um estupro antes dos 18 (dezoito) anos e posteriormente completar a maioridade, para que a denúncia seja oferecida é necessário a representação, uma vez que a ofendida já possui a maioridade, ou melhor, a capacidade de manifestar sua vontade acerca da instauração do processo, preservando o motivo maior da lei em prever ser ação pública condicionada que é a preservação da privacidade do ofendido.

Destarte, fica evidente que não é o momento da ocorrência do delito que determina o tipo de ação penal, porque no presente caso, o tipo de ação se correlaciona mais com a idade da vítima do que com o próprio crime.

De igual modo, não é aceitável que se afirme que é a gravidade abstrata do crime que determina o tipo de ação penal, supondo-se que a determinação legal da ação incondicionada aqui seria mais correta em razão de uma suposta maior gravidade do crime porque o ofendido é um menor de 18 anos. No nosso ordenamento jurídico, por exemplo, existem tipificações de relativa gravidade como a receptação e furto qualificados, com penas de até 8 anos de reclusão que, todavia, não deixam de ser crimes de ação condicionada se praticados contra o cônjuge separado, o irmão ou o tio.

Também não merece prosperar as teses dos que argumentam que tal direito de representar do ofendido que venha a completar 18 (dezoito) anos estará extinto pela decadência. O pacificado entendimento teórico sustenta, com razão, que, no caso da ação privada, o direito de queixa, se não exercido pelo representante legal do menor de 18 anos, poderá ser exercido por este a contar do instante em que completar a maioridade e no prazo de seis meses, que para ele só começa a correr a partir de seu 18º aniversário.

Outrossim, em consonância com a sistemática do direito penal pátrio em tema de ação penal, conclui-se que nos casos de delito contra a liberdade sexual cometido contra menor de 18(dezoito) e que venha completar maioridade após o referido crime, se ainda não o foi oferecido a denúncia, a representação do ofendido é essencial para legitimar a titularidade do órgão ministerial. Na mesma seara, o prazo decadencial nesta hipótese só começa a contar a partir do 18º aniversário do ofendido.

2.1.1 ADI 4.301

Entretanto, como já foi exposto acima, a reforma sobre a titularidade da ação penal trazida com o advento da lei 12.015/2009 não foi recepcionada só com elogios, isto porque a doutrina entendeu a lei deficiente ao tratar do tipo de ação nos delitos de estupro em que ocorre o resultado de morte ou lesão corporal, vejamos:

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

Ou seja, mesmo que o estupro resulte em morte ou lesão corporal, a ação só se procede mediante representação da vítima ou de seus representantes legais.

A crítica foi tão assídua que no próprio ano, a Procuradoria Geral da União impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.301 visando a que o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional o artigo 225, do Código Penal, com redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, a fim de “excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação pública incondicionada”.

A preocupação central do Procurador-Geral reside em que, de acordo com a confusa inovação trazida pela novel lei, a Ação Penal nos crimes de estupro de que resulte morte ou lesão grave, passou a ser condicionada a representação, o que, de acordo com a opinião externada na petição inicial, poderia gerar efeito retroativo, abrangendo fatos anteriores à lei, que por ser benéfica, poderia ser utilizada em benefício dos réus, violando — além da dignidade do ofendido pela ação delituosa — o princípio constitucional da proporcionalidade, em sua modalidade de vedação da proteção deficiente ao bem jurídico.

Ocorre que a doutrina e parte da jurisprudência jamais aceitaram a literalidade da reforma, isto porque, como supracitado, a lei contraria os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como da proibição proteção deficiente, que nada mais é que um subprincípio do princípio da proporcionalidade.

O ilustríssimo Cezar Roberto Bitencourt aduz:

"No crime de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão grave da vítima, a ação penal é, indiscutivelmente, pública incondicionada, segundo norma especial contida no art. 101 do Código Penal. Esse dispositivo legal, ao contrário do que se tem entendido, não configura norma geral, pois sua razão de ser são exatamente as exceções quanto a natureza da ação penal pública incondicionada (regra geral). Aliás, quando às hipóteses de estupro com resultado morte ou lesão grave da vítima, convém que se destaque, não houve alteração alguma, continua como sempre foi, ou seja, crime de ação pública incondicionada."

Ou seja, para Bitencourt, a reforma não alterou o tipo de ação em ambos os casos, isto porque o Código Penal, em seu artigo 101 já prevê a solução do tipo de ação no crime complexo:

“ Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público. ”

No mesmo sentido se posiciona Nucci:

Atualmente, com a edição da Lei 12.015/2009, tornou-se relevante o art. 101, devendo ser aplicado para solucionar o lapso legislativo em relação à redação do art. 225. Neste artigo, no *caput*, prevê-se que os delitos sexuais, inclusive o estupro (art. 213), comportam ação pública condicionada à representação. No parágrafo único, estabeleceu-se a ação pública incondicionada para crimes contra menores de 18 anos e pessoal vulneráveis. Infelizmente, olvidou-se a forma qualificada do estupro (com resultado lesão grave ou morte), prevista no art. 213, §§ 1º e 2º. **Entretanto, sabendo-se que a forma qualificada pelo resultado do delito de estupro é, sem dúvida, crime complexo em sentido estrito, pode-se aplicar o disposto no art. 101.** Se ao homicídio e à lesão grave destina-se a ação pública incondicionada, certamente, ao estupro seguido de lesão grave ou morte, a mesma ação pública incondicionada deve prevalecer.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal com base na premissa de que o estupro com violência real é de natureza complexa porque integrado pelo crime de lesões corporais, que por sua vez são sempre de iniciativa pública, manteve o entendimento sumulado, mesmo após a reforma, através da súmula 608, in verbis:

“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada

E mais:

“O art. 225 do Código Penal, na redação anterior à Lei nº 12.015/09, enunciava que os crimes contra a liberdade sexual, praticados contra crianças ou adolescentes, só se processavam por meio de ação penal privada. Contudo, em duas situações específicas, ao Ministério Público caberia a tarefa de propor a ação penal: i) no caso de vítima pobre; ou ii) quando o crime fosse praticado com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. 14. A possibilidade do ajuizamento da ação penal pública nos casos envolvendo violência sexual contra criança ou adolescente sempre suscitou intensos debates na doutrina e na jurisprudência. 15. E o fato é que a Lei nº 12.015/2009 modificou o tratamento da matéria, passando a prever a ação penal pública incondicionada nas hipóteses de violência sexual contra menor de 18 anos. Veja-se, a propósito, a nova redação do art. 225 do Código Penal: 'Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.' 16. Ademais, conforme lembrado pelo Relator originário, a própria Súmula 608 do STF admitia ainda uma terceira hipótese de propositura da ação penal pública incondicionada no caso de crime de estupro: 'No crime de estupro,

praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.'" (HC 123971, Relator Ministro Teori Zavascki, Redator do acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 25.2.2016, DJe 15.6.2016)."

Ou seja, mesmo após o advento da nova lei, a súmula 608 continua sendo aplicável aos casos de estupro com violência real, gerando assim a incondicionalidade da ação. Acontece que o atual posicionamento do STF tem gerado críticas de alguns operadores do Direito, pois no entender, contraria a própria normatividade da lei.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem julgado diferente:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL. NATUREZA. SÚMULA 608/STF. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. ANULAÇÃO. CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DE DECADÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, que deu nova redação ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados com violência real, passou a ser de natureza pública condicionada à representação, exceto nas hipóteses em que a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, em que a ação será pública incondicionada. 3. Em atenção ao princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, ex vi do disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, de rigor sua aplicação a casos como o presente. Com a anulação da ação penal, tem-se por reconhecida a decadência do direito de representação, e a extinção da punibilidade. 4. Recurso ordinário provido para, reconhecida a extinção da punibilidade, nos moldes do artigo 107, IV, c.c. art. 103, todos do Código Penal, trancar a ação penal n.º 0012161-21.2013.8.19.0054, da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João de Meriti/RJ - com dois votos vencidos, e um voto pelo provimento sob outro fundamento.

(STJ - RHC: 39538 RJ 2013/0237270-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 08/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2014)

Embora tenha ocorrido um embate divergente no julgamento supracitado, segundo sustentou o relator Rogério Schietti, que por ser crime complexo, prevalecia a regra prevista do Código Penal:

Por óbvio, não se pode olvidar que a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe alterações substanciais ao procedimento dos ora denominados crimes contra a dignidade sexual, entre eles, a modalidade de ação penal referente a tais delitos.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual eram, como regra, de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: a) em caso de miserabilidade da vítima ou de sua família; b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) se da violência empregada resultasse lesão grave ou morte.

A última circunstância se infere da redação do art. 101 do CP, que trata da ação penal nos crimes complexos:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Logo, como a ação penal nos crimes de lesão corporal de natureza grave e de homicídio era – e ainda é – pública incondicionada, quando da violência empregada no delito sexual resultava à vítima lesão grave ou morte, a ação penal será, igualmente, da mesma espécie.

Se, por sua vez, da violência empregada na conduta delituosa resultasse lesão corporal de natureza leve, aplicava-se a Súmula n. 608/STF em detrimento do artigo 88 da Lei n. 9.099/95, o qual dispõe que a ação penal nos crimes de lesões corporais leves e culposas é condicionada à representação.

Em face da nova redação do artigo 225 do Código Penal, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, e pública incondicionada na hipótese de ser a vítima menor de 18 anos ou vulnerável.

Entendo que, **a despeito da literalidade do disposto no art. 225 do Código Penal**, nos crimes praticados mediante **violência real**, **ainda incide a Súmula n. 608 do STF, como no caso dos autos, em que a violência empregada restou incontroversa.**

Entretanto, compactua do mesmo entendimento da maioria da sexta turma do STJ, o professor Adel El Tasse:

“A Súmula nº 608 STF trata da ação penal em relação aos crimes contra a liberdade sexual e, embora a insistência de alguns setores em aplicá-la, após a edição da Lei nº 12.015/2009, ela carece de sustentáculo lógico para continuar no sistema jurídico”

E continua:

“A partir do momento que a disciplina do artigo 225, do Código Penal, já estabelece a ação penal para o estupro como pública, não há porque buscar o auxílio da regra geral do artigo 101 que, ressalte-se, serve para tornar pública a ação penal, quando um crime complexo tem para si prevista a ação penal privada e um dos delitos que o constitui, considerado de forma isolada, é de ação penal pública, por estabelecer que deve ser então adotada a forma de ação penal para este prevista. Sendo já pública a ação penal pela prática de estupro, não produz, por certo, mais qualquer impacto na matéria o artigo 101, do Código Penal, de sorte que não ocorre mais a remessa da disciplina da matéria da ação penal pelo crime de estupro, quando haja violência real, para o artigo 146, do Código Penal (constrangimento ilegal), o que faz desaparecer o próprio conteúdo que dava sustentação à Súmula nº 608/STF, fazendo com que a mesma se torne totalmente inaplicável. “

Na visão do ilustríssimo professor, a súmula não caberia mais, uma vez que o dispositivo que o remetia, ou seja, a do artigo 101 do Código Penal apenas existe para prevalecer a regra da ação pública nos crimes complexos, não propriamente a pública incondicionada, que na visão do autor, seria inadequada aos casos de estupro, mesmo que ocorra lesões corporais ou morte, pois atende aos mais modernos movimentos de política criminal, bem como expõe uma manifesta sensibilidade legislativa com as características próprias da vítima dos delitos contra a liberdade sexual, em razão dos sofrimentos particulares que o processo criminal pode lhe gerar.

Data vênua ao ilustríssimo professor, não parece ser a interpretação mais adequada e majoritária sobre o artigo que trata dos crimes complexos, uma vez que quando se fala em iniciativa do Ministério Público, se torna mais adequado entender que não se trata da fase denunciatória, mas acerca da legitimidade como um todo, sem a necessidade de uma representação, desse mesmo modo é o entendimento da Procuradoria Geral da União, embora tenha entendido que a súmula restou ultrapassada, conforme exposto na ADI supracitada, mas somente pelo fato da edição de norma regulamentadora posterior.

De igual modo, não merece prosperar o argumento de que o delito de estupro que porventura ocasiona lesão corporal grave ou morte deva se proceder mediante ação pública

condicionada, sob o manto de que estaria a proteger a liberdade da vítima na defesa de sua imagem, ou de igual modo, a liberdade dos substitutos legais em resguardar a imagem da vítima que veio a óbito.

Como já salientado, além de tal entendimento ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, é contrário ao princípio da proibição da proteção deficiente, derivado do princípio da proporcionalidade. Tal subprincípio, se assim o podemos classificar, ganhou notório destaque no voto do ministro Gilmar Mendes, ao recusar extensão, à união estável, da aplicação de dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima, *in verbis*:

“[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. 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. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: 'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.' (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180). No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: 'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por

parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.) E continua o Professor Ingo Sarlet: 'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).' (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)"

A ofensa a tal princípio na alteração legislativa encontra respaldo no sentido de que a persecução penal, responsável por buscar uma punição aos transgressores e conseqüentemente dar uma resposta à sociedade para o ato deveras reprovável, estaria comprometida ao passo de que dependeria da anuência da vítima, tornando assim vulnerável os bens jurídicos de primeira categoria: a saúde e a vida.

Por outro lado, como já foi anteriormente citado, a continuidade da vigência da norma combatida pela ADI seria, como um todo, uma ofensa a um dos princípios constitucionais mais importantes do direito moderno, a ponto de alguns doutrinadores não o entenderem como um simples princípio. A dignidade da pessoa humana, nas palavras do professor Rizzato Nunes se concebe mais como um valor do que simplesmente um princípio:

"A dignidade humana é um valor já preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa"

A concepção jusnaturalista da Declaração Universal materializou o princípio da dignidade da pessoa humana, corporificando seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, dotados, cada qual de razão e consciência.

Tal declaração serviu de base para a formação da Constituição de 1988, esta, vigente, de tal modo que foi constituída com o fim de elencar e preservar os direitos humanos fundamentais, denominados também de direitos naturais dos homens.

A dignidade da pessoa humana não é um ideal abstrato, ou seja, um objetivo que deva ser obtido no campo hipotético. É em verdade real e material. Faz parte do nosso cotidiano e deve ser preservada e praticada nas nossas relações mais simples, constituindo assim um parâmetro para todos aqueles que compõem a sociedade moderna.

Cumpra salientar que não estamos diante da dignidade humana, meramente, mas da dignidade dirigida ao indivíduo, à pessoa humana, a qual, por ser muito íntimo e pessoal, não permite o sacrifício dos direitos ou até mesmo da personalidade do indivíduo em nome dos interesses coletivos.

Conforme aduz Ricardo Chunha Chimenti:

“A dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerentes à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social.”

Outrossim, por tudo que foi exposto, é clarividente que a norma em vigência ofenderia tal princípio, uma vez que a vítima teria sua dignidade maculada de forma acentuada, uma vez que dois valores básicos que derivam da dignidade da pessoa humana foram agredidos, no caso, a vida ou saúde. É sabido também que a dignidade é inerente ao indivíduo, esta não pode ser objeto de barganha ou renúncias.

Outro ponto citado pela Procuradoria Geral da República, expondo que tal alteração legislativa não possui sustentação está na falta de razoabilidade presente no código penal. Isto porque, em alguns outros crimes presente no mesmo diploma legal em que ocorrem o mesmo resultado, ou seja, lesão grave ou morte, até mesmo nos crimes de lesão grave ou homicídio, a ação é pública incondicionada.

Destarte, o tratamento diferenciado no delito sexual com o mesmo resultado seria uma incongruência legislativa, visto que crime antecedente, ou seja, o estupro, não teria força para amenizar o forte interesse público no caso dos resultados qualificados.

3 CONCLUSÃO

Embora seja um consenso que o Código Penal atual precisava e ainda precisa de algumas alterações, visto a época de sua elaboração e a mudança frequente da sociedade, tais alterações devem ser demasiadamente estudadas e perfeitamente elaboradas com os princípios universais

e constitucionais atuais, bem como aos costumes e jurisprudências do nosso ordenamento jurídico.

O legislador atuou sim de forma positiva em alguns aspectos com o advento da lei 12.015/2009, principalmente no aumento exponencial da pena nos delitos de estupro, buscando, mesmo que de forma um pouco arcaica, paliativa e não tão eficiente, prevenir tais crimes.

Entretanto, é inquestionável que pecou gravemente ao tratar da titularidade da ação penal no delito de estupro em que ocorre o resultado morte ou lesão corporal, pois não observou, como já fora supracitado, os princípios norteadores do Direito pátrio, bem como inobservou a posição da jurisprudência da corte suprema sobre o tema.

Data vênua aos elaboradores do referido dispositivo, o artigo 225 da nova lei vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como também com o subprincípio da proibição da proteção deficiente do Estado.

Ora, não pode o estado delegar à vítima a titularidade da ação nas hipóteses em que ocorrem os resultados de lesões corporais ou mortes, isto porque tais resultados agravam significativamente o delito, interferindo exponencialmente no equilíbrio da paz social, devendo o Estado fornecer uma resposta adequada a fim de satisfazer a sociedade e resgatar o equilíbrio.

Do mesmo modo, compactuando com o entendimento majoritário doutrinário anteriormente citado, não houve a revogação do dispositivo 101 do Código Penal, de modo que caso ocorra o delito de estupro com resultado morte ou lesão corporal, deve ser aplicado a regra do crime complexo, que no entendimento predominante, a regra é a ação pública incondicionada.

CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY: AN ANALYSIS OF THE OWNERSHIP OF CRIMINAL ACTION

ABSTRACT

This article aims at a practical but also philosophical observation about the crimes against sexual dignity, its historical evolution along with the customs, the change of society in which we are inserted and a profound conclusive analysis of the law 12.015/2009 that significantly reformed the Penal Code in title VI, which deals with sex crimes, and with that, has become an express landmark of modern social thinking, significantly altering the ownership of criminal action in crimes against dignity Sexual, but who came across

assiduous doctrinal criticism, mainly regarding the type of criminal action in the offence contained in article 213, § 2, criticism so assiduous that in 2009 Ensejou a direct action of unconstitutionality moved (ADI 4301) by Attorney General of the Union.

Key words: Sexual dignity. Rape. Ownership of the criminal action. Direct action of unconstitutionality. Principle of prohibition of poor protection.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4301. Disponível em:
http://www.mpf.mp.br/pgt/copy_of_pdfs/ADI%204103%20-%20estupro.pdf

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: parte especial. – 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

GENTIL, Plínio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-15/mp-debate-crimes-liberdade-sexual-representacao-ofendido#author>

GOMES, Luiz Flávio. Disponível em:
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contr-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>

GRECO, Rogério. Disponível em:
<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contr-a-dignidade-sexual>

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora RT, 2013.

QUEIROZ, Paulo. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/acao-penal-no-atual-crime-de-estupro/>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25063043/recurso-ordinario-em-habeas-copus-rhc-39538-rj-2013-0237270-0-stj/voto-25063051?ref=juris-tabs>