



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LUANA PINHEIRO DE PAIVA DEODATO

DA AÇÃO PENAL NO DELITO DE ESTUPRO: ALTERAÇÕES ADVINDAS
COM A LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

SOUSA - PB
2010

LUANA PINHEIRO DE PAIVA DEODATO

DA AÇÃO PENAL NO DELITO DE ESTUPRO: ALTERAÇÕES ADVINDAS
COM A LEI 12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB
2010

LUANA PINHEIRO DE PAIVA DEODATO

DA AÇÃO PENAL NO DELITO DE ESTUPRO: ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI
12.015/09 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso
de Direito, da Universidade Federal de
Campina Grande, em cumprimento dos
requisitos necessários para a obtenção do
título de Bacharel em Direito

Data de aprovação: de de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jardel de Freitas Soares – UFCG

Professor Orientador

Examinador Interno

Examinador Externo

A Jesus, nosso mestre maior, pois sem ele nada seria possível. Ao meu querido vovô Antonio (in memorian) e meu inesquecível vovô Tozinho (in memorian), com muito amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

À minha amada filha, Maria Fernanda, pelo simples fato existir e fazer a minha vida mais feliz. Ao meu amado esposo, Deodato, por ser meu companheiro e estar sempre ao meu lado.

Aos meus pais, Cloves e Gizelda, por terem sido meu alicerce e minha inspiração durante todos os momentos da minha vida, por todo amor, carinho e dedicação que me foi dado sempre, em quaisquer circunstâncias e por todos os esforços que tiveram na busca da realização de meus objetivos. Às minhas irmãs Camila e Raissa por me incentivarem nas minhas lutas e vibrarem com minhas conquistas.

À minha querida tia, Margarida Pinheiro, pelo carinho que sempre recebi e por nunca medir esforços para me ajudar em todos os momentos, tanto na minha vida pessoal como acadêmica. Aos meus sogros Vanuza e Ubiranilton Deodato (in memorian), por terem torcido sempre pelo meu sucesso e pelo apoio e incentivo que me foi dado por ambos.

A todos os professores do CCJS, fidedignos responsáveis pelo enriquecimento de todos nós, discentes, no saber desta tão valiosa ciência. Em especial, ao amigo e professor Jardel Soares por ter me orientado nessa pesquisa, por sua paciência e dedicação e ao professor Iranilton Trajano, por sua atenção, prontidão e amizade.

Em especial, aos meus amigos Diêgo Elison, Jorge Duarte e Mágda Gonçalves pela amizade sincera, pelo incentivo constante, pelas boas risadas diárias e por terem sido minhas agradáveis companhias durante toda essa jornada. Aos colegas de faculdade, pela atenção, companheirismo e carinho.

A todos que, diretamente ou indiretamente, contribuíram para que essa etapa tão importante de minha vida fosse concretizada.

“A liberdade é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida”.

(Miguel de Cervantes)

RESUMO

Este trabalho analisa a ação penal aplicada ao delito de estupro face as inovações sobrevindas com o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Desta forma, o objetivo primordial deste estudo consiste em ponderar as alterações advindas com a mencionada lei, com foco na ação penal, face ao pensamento jurídico doutrinário. Serão examinados os crimes sexuais, especificamente o delito de estupro, sua natureza jurídica, enfoque histórico e suas legislações pertinentes, no decorrer do tempo. Far-se-á referência à legislação aplicada no âmbito do direito comparado, assim como serão apresentadas as legislações penais que vigoraram no Brasil desde formação do Estado. Pretende-se, ainda, delinear as primeiras formas de repressão ao crime, como fomento ao estudo do direito de ação e da ação penal. Serão apresentadas as características, espécies, bem como as possibilidades de aplicação da ação penal ao caso concreto, como forma de complementar os conhecimentos acerca deste ponto, que neste estudo atuará como alicerce. Para arraigar-se no ponto chave, que é a problemática surgida a partir das controvérsias jurídicas abrolhadas com esta mudança legislativa, é imprescindível apresentar o cenário que abrangia o crime de estupro antes da novel lei e proporcionar, igualmente, um conhecimento lacônico do seu conteúdo e de seus reflexos em todo o âmbito penal. Para tal desiderato, adota-se o método dedutivo e como técnica a pesquisa bibliográfica. Todavia, destacam-se, ainda, alguns aspectos que devem ser vislumbrados, tais como as diversas visões acerca das modificações ocasionadas com o advento da aludida lei, que tornou-se alvo não apenas de elogios, mas de críticas e análises doutrinárias.

Palavras-Chave: Ação Penal. Lei 12.015/09. Estupro. Código Penal.

ABSTRACT

This study examines the prosecution applied to the crime of rape against the innovations which took the advent of Law 12 015 of August 7, 2009. Thus, the primary objective of this study is to examine the changes that come with the aforementioned law, focusing on criminal, given the doctrinal legal thought. They will be examined sexual crimes, specifically the crime of rape, its legal, historical focus and their respective laws over time. Far will be reference to the legislation applied in the context of comparative law, as will be shown that criminal laws were in force in Brazil since the formation of the state. The aim is also to delineate the earliest forms of crime suppression, as encouraging the study of law of action and criminal action. Present the characteristics, species, and the possibilities of application of the prosecution case, in order to complement the knowledge about this point that this study will serve as substructure. To harden the key point, which is the problem arising from legal disputes appear with this legislative change, it is essential that the scenario covering the crime of rape before the law and provide novel, also a concise knowledge of its contents and its impact throughout the criminal law. To this end it adopts the deductive method and technique as the literature search. However, the highlights are still some aspects that must be envisioned, such as different views about the changes brought about by the advent of the mentioned law, which became a target not only praise, but criticism and doctrinal analysis.

Keywords: Criminal Action. Law 12.015/09. Rape. Penal Code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PANORAMA HISTÓRICO DOS DELITOS SEXUAIS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS NORTEADORES DO CRIME	13
2.1 CONCEPÇÕES INICIAIS ACERCA DOS DELITOS SEXUAIS E O BEM JURÍDICO VIOLADO	13
2.1.1 Aspectos históricos dos crimes sexuais e legislações atinentes	16
2.1.2 Parâmetros definidores do crime de estupro e seus aspectos jurídicos no âmbito do direito comparado	19
2.2 REPRESSÃO AO CRIME: AUTODEFESA E JURISDIÇÃO	20
3 CONCEITOS E EMBASAMENTOS FUNDAMENTAIS DA AÇÃO PENAL	24
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO E DA AÇÃO PENAL	24
3.2 O DIREITO DE AÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS	27
3.2.1 Conceito e condições da ação penal	28
3.2.2 A ação penal pública	30
3.2.2.1 Ação Penal Pública Incondicionada	31
3.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada	32
3.2.2.2.1 Ação Penal Pública Condicionada à representação	32
3.2.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada à requisição ministerial	34
3.2.2 A ação penal privada	35
4 A CONJUNTURA LEGISLATIVA DO CRIME DE ESTUPRO ANTES E APÓS O ADVENTO DA LEI 12015/09 E SEUS REFLEXOS NA AÇÃO PENAL	37
4.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	37
4.2 O CRIME DE ESTUPRO ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.015/09	38
4.3 O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	41
4.4 DA AÇÃO PENAL	43
4.5 A REESTRUTURAÇÃO LEGISLATIVA PROVINDA COM A LEI 12.015/09	45
4.5.1 Do crime de estupro sob o óbice da nova lei	46
4.5.2 A ação penal nos crimes de estupro e estupro de vulnerável	48

4.6 VISÃO CRÍTICA E DOUTRINÁRIA ACERCA DAS ALTERAÇÕES NA AÇÃO PENAL REFERENTE AO CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI 12.015/09.....	49
5 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Os pensamentos e ideologias sociais vivem em constante mutação. A sociedade vem se adaptando aos novos princípios, costumes e valores que emanam do meio coletivo dia após dia, transformando a maneira de pensar, agir e julgar determinado acontecimento. Estas contínuas mudanças são fruto do desenvolvimento social e da evolução humana, elementos propulsores de novos padrões comportamentais. É desta forma que evolui o direito, e é atendendo a estes novos parâmetros que surgem as reformas legislativas, para revigorar e adequar as leis, de modo à sua melhor e mais harmônica aplicação na busca do bem maior, que é a justiça.

Este estudo abordará inicialmente, no capítulo *Panorama histórico dos delitos sexuais e fundamentos jurídicos norteadores do crime*, o cenário dos delitos sexuais, desde suas origens, apresentando as antigas formas de repressão e a estrutura legislativa aplicada a estes crimes no decorrer do tempo. Serão apontadas as codificações e leis penais que vigoraram no Brasil desde a formação do Estado, como detentor do *jus puniendi*, até as legislações atuais, enfatizando, ainda, os meios repressivos aplicados antes do seu surgimento. Far-se-á, ainda, referência às legislações estrangeiras, no âmbito do direito comparado. Ressalta-se que esta análise inicial consiste numa ferramenta indispensável para o exame do delito de estupro, escopo do presente trabalho, assim como para a posterior apreciação e análise crítica às transformações incididas no mencionado delito.

É sabido que violência sexual foi e permanece sendo um tema que causa repúdio e odiosidade unânime. É, outrossim, incontestável que o estupro presume uma conduta violenta por parte do seu autor, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia. Os atos de extrema perversidade cometidos pelo agente, neste delito, ocasionam à vítima sérios danos físicos ou psicológicos. A exemplo, não apenas deste crime, como de todas as infrações as quais os cidadãos da sociedade estão sujeitos, a convivência no núcleo coletivo seria inviável se inexistissem normas reguladoras, que conduzissem as relações sociais.

Compete ao Estado exercer a função ordenadora, protegendo os valores fundamentais à vida e ao bem estar de todos os indivíduos. A tutela estatal atua quando esses bens jurídicos são atingidos, momento no qual deve acionar imediatamente os mecanismos disponíveis, em prol da manutenção da ordem social. Na esfera penal, são elaboradas regras dotadas de imperatividade, que, através da imposição de sanções e medidas de segurança, visam combater o crime e estabelecer a ordem pública. Quando transgredida uma norma

instituída pelo direito penal objetivo, não se trata de uma violação apenas de âmbito particular, mas, uma infração que transcende a esfera social.

Seguindo esta seqüência lógica, analisar-se-á, no capítulo *Conceitos e embasamentos fundamentais da Ação Penal*, o direito de ação (*jus perseguendi*) - garantia constitucional proporcionada aos cidadãos, de recorrerem ao Poder Judiciário na busca da proteção de um direito prejudicado – que é o modo pelo qual o Estado exerce sua pretensão punitiva, demonstrando a existência do *jus puniendi*, para a conseqüente aplicação da sanção penal adequada ao caso demandado. Direito este que se concretiza mediante um processo penal, no qual a pretensão punitiva é acionada a partir da iniciativa do Estado (na condição de Estado-Administração), em cumprimento a sua finalidade precípua, de preservar os preceitos contidos na lei. Destarte, serão apresentados, nesta oportunidade, os tipos de ação penal e as características inerentes a cada um deles.

Adentrando ao foco do estudo serão apresentadas, no capítulo *Conjuntura legislativa do crime de estupro antes e após o advento da lei 12015/09 e seus reflexos na ação penal*, as alterações provocadas no Código Penal brasileiro com o advento da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, que transformou de forma expressiva o seu Título VI da parte especial, instituindo os crimes contra a dignidade sexual, e modificando consideravelmente pontos de grande relevância na esfera penal. Ademais, observar-se-á de maneira mais específica, a ação penal face ao crime de estupro, seu novo procedimento e conseqüentes resultados, analisando sobretudo as concepções doutrinárias e pontos de vista, acerca das mais relevantes mudanças advindas com a reforma.

Diante destas observações, o propósito fundamental deste estudo é apresentar as inovações incididas no Código Penal com a publicação da Lei 12.015/09, mais especificamente no que tange à ação penal. O objetivo, de plano, é focalizar as mudanças que revelaram um progresso lúdimo ao ordenamento penal, e, por conseguinte, uma fiel consonância aos princípios resguardados pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil aos cidadãos da nação. Em equivalência, serão ponderadas, igualmente, as alterações que vieram a ser alvo de críticas e que, segundo estudiosos do direito, não condizem com os princípios abrigados na Carta Magna.

Logo, a justificativa do trabalho em análise consubstancia-se na inexistência de consonância entre alguns dispositivos da Lei 12.015/09 com as opiniões dos juristas, e estudiosos do assunto, uma vez que o seu advento ocasionou uma celeuma de discussões, através das quais se questionam os erros e acertos sucedidos com a sua vigência, quando confrontadas com alguns dos princípios constitucionais norteadores do direito.

No embasamento deste estudo será empregado o método investigativo e dedutivo, através do qual será feita uma análise jurídica por meio de fontes bibliográficas, legislativas e informativas, no propósito de enriquecer o debate.

2 PANORAMA HISTÓRICO DOS DELITOS SEXUAIS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS NORTEADORES DO CRIME

2.1 CONCEPÇÕES INICIAIS ACERCA DOS DELITOS SEXUAIS E O BEM JURÍDICO VIOLADO

Nos mais remotos períodos da civilização, nos quais a humanidade jazia em pequenos e isolados agrupamentos, as preocupações de caráter moral não tinham poder de autoridade ou influência na vida cotidiana dos indivíduos do grupo. Nesta época rudimentar, povos primitivos viviam numa grosseira realidade, na qual o instinto de sobrevivência predominava, sem deixar margem a deliberações de índole moral. O que existia na verdade era uma prolixa maneira de afrontar os valores culturais predominantes no meio. As noções de normal e anormal, certo e errado, permitido ou proibido, não eram encaradas da mesma maneira são no mundo contemporâneo.

Na transcurso das gerações, iniciou-se um processo de amoldamento das atitudes humanas. Com a eclosão da moralidade nos paradigmas societários, abrolharam, em todas as camadas coexistentes, percepções genéricas em atinência aos princípios desenvolvidos no perpassar de anos de vivência coletiva. Como produtos desta cognição, definiram-se protótipos culturais, que passaram a ser abraçados e protegidos de forma ríspida por toda a comunidade, servindo de preceitos para as condutas sociais. Desta forma, no decorrer do tempo, a observância da moral e dos bons costumes passou a ser imprescindível para o convívio harmônico dos indivíduos nas relações sociais. Os bens jurídicos de todos os habitantes encontraram proteção nas normas de conduta estabelecidas dentro do próprio meio. Todas as ações que fossem em contradição a estes princípios morais, geravam repúdio e insatisfação à generalidade das pessoas e seus autores, conseqüentemente, sofriam severas punições.

Consoante a esta evolução sociocultural, a violência sexual passou a integrar o rol das mais sórdidas e desprezíveis condutas que se poderia praticar contra um ser humano. Este tipo de abuso consiste em violação grave, conquanto ainda existam diferentes posturas nas díspares culturas que abrangem todo o mundo, e para esta espécie de comportamento continuamente são imputadas congruentes penalidades.

A liberdade sexual se encontra, juntamente com outros bens jurídicos, no patamar dos mais valiosos e preservados patrimônios do homem. Sua definição é adequadamente apontada por Huerta apud Führer (2009, p.118), para quem:

A liberdade de amar é a faculdade inerente ao ser humano e nobilíssimo atributo de sua personalidade, que se exterioriza no plano pessoal, que ao indivíduo incumbe manter relações amorosas com quem bem lhe parecer, de interrompê-las livremente, de não ter quem não for de seu agrado ou de se abster temporária ou permanentemente de toda relação carnal.

Nessa perspectiva, podemos corroborar que, sendo a sexualidade, e o ato sexual propriamente dito, relação de tão profunda intimidade, é, no mínimo, presumível a existência do livre-arbítrio quando da sua prática. Quando esta liberdade é lesionada, limitada ou violentada, configura-se a existência de uma infração penal, mais especificamente, de um crime contra a liberdade sexual.

Os delitos sexuais, em regra, são cometidos a partir de atos de violência, que se configuram quando o sujeito ativo força alguém a praticar qualquer tipo de ato sexual, sem que haja o seu consentimento, seja com o emprego de violência física ou através de coação moral e/ou emocional (ameaça), aproveitando-se, na maioria das vezes, de estados de inconsciência, fragilidade ou de subordinação da vítima.

A integridade física e psíquica é normalmente atingida pelos crimes desta natureza, porém, o delito pode vir a se consumar independentemente de ter gerado ferimento físico ou dano psicológico. O sujeito passivo deste tipo violação é, na maioria das vezes, do sexo feminino, porém, indivíduos do sexo masculino também podem ser vítimas destes abusos. Ressalta-se ainda, que as crianças e adolescentes, por serem pessoas mais vulneráveis, assim como as mulheres em relação aos homens, tornam-se o maior alvo destes agressores.

Embora o comportamento humano seja fito de inúmeros estudos e pesquisas científicas é inexequível elucidar os enigmas que circundam os transtornos e perversões sexuais perpetrados pelo homem. Não se conhecem elementos que possam definir as causas determinantes para conduzir um indivíduo a praticar delito sexual. Entretanto, existem fatores que podem vir a desencadear estímulos tendenciosos para esta prática, como as parafilias, que são distúrbios psicológicos que geram compulsões sexuais capazes de ocasionar, porém não obrigatoriamente, atos delinquentes.

De fato, nem a moderna Criminologia como ciência empírica e interdisciplinar, que busca estudar os delitos e o delinqüente na expectativa de se encontrar uma causa ou

explicação crível para o cometimento dos delitos de um modo geral, possui um fundamento determinante que possa elucidar o motivo pelo qual um ser humano comete delitos de natureza sexual, restando, pois, a esta ciência explicar subjetivamente através de um conjunto de elementos como a Biologia, a Psicologia e a Sociologia Criminal, os fatos jurídicos que, em conjunto, podem agir como propulsores do crime.

Existem divergências doutrinárias acerca do objeto jurídico tutelado nos crimes sexuais. Há uma propensão da doutrina em considerar como único bem jurídico merecedor de tutela nesses crimes a liberdade sexual, porém, vindo em contraposto a este posicionamento, algumas correntes doutrinárias reputam que esta qualificação não é satisfatória, já que, ao longo dos tempos, imputou-se como objeto atingido, a moralidade, a família, o pátrio poder, a virgindade física, a pureza moral, os interesses patrimoniais e sucessórios, a liberdade sexual, integridade física e psíquica, a dignidade sexual, e o sentimento de liberdade. O caráter volátil que persiste na busca do autêntico objeto jurídico, deixa transparecer a insegurança existente em sua identificação. Seguindo esta tendência, Conde apud Fühler (2009, p. 122) dispõe nitidamente:

O problema especial que apresentam estes delitos é precisamente que não se pode falar de 'liberdade sexual' como bem jurídico especificamente protegido neles, dado que os sujeitos passivos sobre os quais recaem são pessoas que carecem desta liberdade, bem de forma provisória (menores), bem de forma definitiva (incapazes).

Com efeito, concebe-se que nenhum dos objetos aludidos se adequa com a essência do mérito que se pretende abarcar. O bem atingido pelos crimes sexuais é, de fato, a dignidade da pessoa humana, bem de vida cujo respeito é um dos fundamentos da República, e assim como define Sarlet (2001, p. 60) consiste na:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano.

A dignidade da pessoa humana como objeto jurídico nesses crimes é, ainda, segundo as palavras coesas de Aníbal Bruno apud Führer (2009, p. 131): “o sentimento que tem o indivíduo do seu próprio valor social e moral”.

2.1.1 Aspectos históricos dos crimes sexuais e legislações atinentes

A violência sexual sempre esteve presente, em todos os períodos da história. O que se transformou ao longo dos anos, foi a maneira como estas perversidades passaram a ser vistas e tolhidas. Estas truculências nem sempre foram tidas como condutas reprováveis; em tempos longínquos, estas barbáries não estavam incluídas no rol dos costumes condenáveis.

Inicialmente, não havia leis ou sistemas capazes de que regular os comportamentos humanos e coibir as transgressões morais que viessem a ser cometidas dentro da conjuntura social, para a aplicação das coerentes medidas repressivas. As infrações eram impetuosamente reprimidas, e muitas vezes o afrontado punia o transgressor com suas próprias mãos.

Como bem assegura Führer (2009, p.139):

O registro mais remoto do crime de violência sexual é encontrado no art. 130 do Código de Hamurabi, que previa a pena capital. Na região atual da Índia, cerca de 1000 anos após, o Código de Manu (arts. 361 e ss.) também cominava pena corporal, de morte ou de mutilação, para o abuso sexual violento.

Destarte, observa-se que nas mais antigas codificações normativas que se pode aludir, os castigos cominados aos delitos sexuais eram assaz rigorosos. Dentre as penalidades empregadas pode-se mencionar a morte, a mutilação, a crucificação, o banimento, o açoite e a prisão perpétua. Em muitas das culturas antigas, os crimes de ordem sexual eram punidos nos ditames da Lei de Talião, assim sendo, o autor suportava castigo igual, semelhante ou equivalente ao prejuízo por ele ocasionado, refletindo um caráter de vingança em favor da honra pessoal ou familiar do ofendido.

A nomenclatura dada ao estupro deriva do termo *stuprum*, empregado pelo direito romano a todos os crimes que envolvessem relações carnis. Civilizações primitivas como a dos hititas, que tem sua história datada há cerca de 1500 anos a.C., já puniam os agentes ativos de condutas equivalentes a este tipo penal com a pena de ser apedrejado até a morte. Em períodos remotos, como durante a Monarquia romana, o crime de estupro caracterizava-se

pela união ilegítima de um homem com uma mulher não casada. Constituía, pois, uma forma bastante ampla de violência que configurava-se através de atos, não especificados, que atentassem contra o poder tutelar do pai ou do marido. Estas condutas acarretavam ao infrator a obrigação de prestar à família do ofendido, que neste caso era o tutor da mulher, pena de cunho pecuniário, deixando transparecer a aproximação destas atitudes às exercidas quando em proteção a um direito de propriedade.

Abordando uma realidade não tão distante, relembra-se a época do Brasil colônia de Portugal, que, não dessemelhante a estas culturas ancestrais, adotava, igualmente, tais parâmetros repressivos para acoimar os transgressores. As compilações da Nação colonizadora eram constituídas pelas Leis Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, que eram alicerce do sistema penal português. Desta forma, estes preceitos, com requintes de perversidade, vigoravam, ao mesmo tempo, no Brasil, os quais permaneceram resistentes, ainda, posteriormente a sua independência. Os indivíduos que viessem a cometer algum tipo de violência sexual estariam sujeitos a impiedosas penas, como a castração e em alguns casos, até mesmo a pena de morte. Destarte, é conveniente aludir ao que, de fato, estava previsto nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título XVIII: *“Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja escrava, morra por ello”*. Esta austera legislação vigorou no Brasil por mais de dois séculos.

Posteriormente a este ordenamento, passou a vigor nesta nação, o Códex Criminal de 1830, revelando um passo alcançado no desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro. O teor deste Código imperial indicava uma notória evolução no tratamento dos delitos em tese, ao conter dentre seus dispositivos a previsão legal do crime de estupro contra mulher honesta. Segundo as eloquentes palavras de Führer (2009, p. 141), em alusão aos arts. 222 e 225 desta norma: *“as penas eram a prisão e o pagamento de um dote para a ofendida. Se, porém a vítima fosse prostituta a pena de prisão de três a doze anos seria reduzida para um mês a dois anos. Não se aplicava pena para o réu que casasse com a ofendida”*. Observa-se, neste novo regulamento, uma mudança em atinência as penalidades, que passaram a ter um caráter menos intransigente, quando confrontadas com as leis que antes vigoravam.

Mais tarde, no ano de 1890, foi aprovado o novo Código Penal da República brasileira. Este diploma inovou a legislação, estabelecendo novos artigos e instituindo novas penas aos crimes sexuais, com o propósito de acoimar as violências cometidas com o intuito da satisfação sexual. Seu artigo 268 do Título VII, Capítulo I (*“Da violência carnal”*), ostentava:

Artigo 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena – de prisão celular por um a seis annos. § 1º. Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: pena – de prisão celular por seis mezes a duos annos. § 2º. Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Torna-se nítido que a punição para os crimes sexuais era bem mais elevada na vigência do Código de 1830 em relação ao de 1890. Ressalta-se ainda, que este último diploma deixou evidente a denominação do crime de estupro, que até então não havia recebido a referida qualificação.

Em substituição ao Código de 1890, foi instituído no Brasil pelo então presidente, Getúlio Vargas, no dia 07 de dezembro de 1940, o decreto-lei nº 2.848, o hodierno Código Penal brasileiro, adepto ao sistema duplo binário e dotado com características rígidas e autoritárias, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, sob a égide da Constituição de 1937. Este diploma é composto pela Parte Geral, na qual são apresentados os conceitos e as concepções gerais sobre os enfoques do Direito Penal, e a Parte Especial, que expõe a tipificação dos crimes e suas respectivas penas, em consonância ao princípio constitucional da reserva legal. Como já é sabido, as mudanças sociais e ação do tempo são fatores que agem de modo a produzir a necessidade de renovação e adequação dos regulamentos para a satisfação das pretensões surgidas na esfera do direito. Desta forma, despontam os ajustes oportunos e, igualmente, as legislações paralelas (leis extravagantes), visando harmonizar o sistema penal às realidades contemporâneas. O CP já enfrentou diversas tentativas de reforma, como, por exemplo, em 1963, quando foi apresentado pelo professor e então ministro, Nelson Hungria, um anteprojeto que, após ter se transformado em Lei, acabou tendo sua vigência adiada até sua revogação, em 1978. Seguindo esta percepção, em 1984, foi promulgada a Lei Nº 7.209, que alterou substancialmente a parte geral do CP, principalmente no que diz respeito ao fim do sistema duplo-binário e a adoção o sistema vicariante.

No que concerne aos crimes sexuais, foi sancionada no dia 7 de agosto de 2009 a Lei 12.015/09, que trouxe significativas alterações ao Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro, modificando inclusive sua nomenclatura, além de alterar outros dispositivos como o artigo 1º da Lei no 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e revogar a Lei nº 2.252/54, que trata do crime de corrupção de menores.

2.1.2 Parâmetros definidores do crime de estupro e seus aspectos jurídicos no âmbito do direito comparado

No Brasil, o Código Penal permanecia imutável desde sua instituição, no ano de 1940, quando se tratava da tipificação e sanção penal atribuída aos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor. Durante o vigor destes dispositivos penais, considerou-se que apenas a mulher, seja virgem ou deflorada, se enquadraria como sujeito passivo do crime de estupro, constituindo-se este um crime próprio cuja conduta típica seria manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. “A cópula anal e outros atos libidinosos praticados contra homens, com violência ou grave ameaça, configuram crime de atentado violento ao pudor” (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p.408), neste sentido apregoava o tipo penal deste último crime. A separação destes tipos penais sempre foi alvo de muitos estudos e críticas doutrinárias.

Na Alemanha o crime de estupro foi estendido e unificado aos crimes nos quais as condutas vão além da conjunção carnal. O Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*) instituiu este tipo penal em seus parágrafos 177 e 178 intitulados respectivamente como Acesso carnal violento; violação (Pena: em casos especialmente mais graves não será inferior a dois anos) e Acesso carnal violento ou violação com resultado morte (Pena: prisão perpétua ou não inferior a 10 anos).

No Código Penal Português também houve a unificação destes delitos, os quais passaram a ter previsão legal distribuída nos artigos 163 e 164 do referido diploma, os quais dispõem da seguinte forma:

Artigo 163º Coação sexual: 1. Quem por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para este fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2. Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger uma pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão de até 2 anos. (Grifo nosso)

Artigo 164º Violação: 1. Quem, por meio de violência ou grave ameaça grave, para este fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 2. Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, **constranger uma**

pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a **praticar cópula, coito anal ou coito oral**, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos. (Grifo nosso)

Do mesmo modo que nos Códigos Alemão e Português, o Código Espanhol teve seu texto modificado, no ano de 1999, passando a partir de então a instituir apenas um tipo penal que abrange genericamente os crimes em comento.

O Código Penal Paraguai, por sua vez, apresenta o tipo penal de “assédio sexual” que é hodiernamente considerado como bastante inovador e tem servido como fonte e modelo para diversas legislações.

O Código Penal Francês, não dessemelhante dos ordenamentos já citados, também adotou o mesmo critério normativo aos crimes sexuais, desta vez dividindo-os em agressões sexuais com e sem penetração. Assim como nas nações aludidas, em outros países, como Argentina, Chile e Colômbia, sobressaiu-se a preferência por um tipo penal unificado aos crimes em tese e assim optou-se pela utilização de uma denominação comum para estes, como, por exemplo, no emprego de termos como “violação” ou outro equivalente para caracterizar a união dos tipos penais correlatos.

No tocante a estas modernas legislações Fühler (2009, p. 155) ressalta que:

Agora a classificação se dá entre as agressões sexuais com penetração pelos orifícios do corpo (consideradas mais graves) e aquelas agressões sexuais onde não há penetração (consideradas menos graves). Ao invés do órgão feminino e o resto da pessoa, a dicotomia passou a ser entre a parte interior e a parte exterior do corpo humano.

Seguindo este parâmetro, alcançado nas legislações estrangeiras, o Brasil há algum tempo sentia a necessidade de se adequar a esta nova realidade, e, servindo de arquétipo, estas estruturas legislativas passaram a ser discutidas e aportadas ao pensamento do legislador brasileiro.

2.2 REPRESSÃO AO CRIME: AUTODEFESA E JURISDIÇÃO

Na essência do ser humano, há uma tendência natural e instintiva que o induz à proteção de seus interesses e direitos pessoais. É natural que as pessoas busquem, através de diferentes mecanismos, a resolução de suas lides e a defesa de seus patrimônios.

Nas antigas formas de civilização, quando o Estado não tinha vigor suficiente para impor o cumprimento do Direito acima da vontade dos particulares e inexistia o Poder Judiciário para garantir a solução dos conflitos sociais, os crimes eram argüidos através da represália particular. A autotutela era exercida como manifestação da patente necessidade de aplicação de punição aos transgressores. Na ausência da jurisdição, restava aos indivíduos a aplicação da justiça com as próprias mãos, feita através de seus próprios critérios de julgamento e ponderação, e conforme lhe fosse conveniente. Nesse compasso, se habilitam a tratar da matéria, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 27):

Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida de, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação da sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido. (Grifo do autor)

Como se pode notar, este mecanismo de proteção ao direito não era a mais justa forma de defesa que se poderia aplicar na resolução dos conflitos sociais. Esta contingente maneira de alcançar a justiça perdeu sua força com o passar do tempo, momento em que a figura do Estado foi tomando seu espaço e surgiu como uma via mais coerente de se buscar o justo. Assim, surgem as primeiras leis, e, por conseguinte, o particular passa buscar o Estado para encontrar a resolução de suas pretensões ou lhe adjudicar o direito de punir.

Hodiernamente, o Direito Penal brasileiro admite, ainda que em situações excepcionais, previstas na lei, o exercício da autotutela. O progresso do Direito, logo, parece não ter sido suficiente para abolir, em absoluto, o exercício desta prática. Percebe-se a sua atuação, por exemplo, na possibilidade da prisão em flagrante, conferida pelo artigo 301 do Código de Processo Penal, exercida pela autoridade policial quando manda prender o infrator da lei, uma vez que, num primeiro momento, prescinde-se da atuação imediata da figura do juiz. Em outra situação, encontrando-se o indivíduo na eminência de sofrer mal injusto e grave, pode socorrer-se da legítima defesa (art. 25 do Código Penal), sendo, este direito, uma garantia prevista em lei, que confere o Direito a qualquer pessoa de não ser incriminada quando praticar o ato, dentro dos limites legais, em defesa da integridade física ou moral

própria ou de terceiros. Assim como nestas situações, outras previsões legais conferem o direito de autotutela à determinados casos.

A jurisdição é o poder, que incumbe ao Estado, de empregar o Direito ao caso concreto e assim examinar e dirimir os conflitos interindividuais existentes, impondo resoluções às pretensões que lhes são reivindicadas. Esta capacidade é atributo exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário, atuando como sua função precípua, e foi monopolizada pelo Estado com o propósito de evitar a subversão e a violência, suscitando a pacificação e o equilíbrio da ordem social. Filho (2003, p.49) conceitua a jurisdição como: “aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide”.

A vontade da lei solidifica-se na atuação estatal. Esta atuação só se materializa mediante um impulso. Por este motivo, a jurisdição é qualificada como uma atividade inerte, tendo em vista que, para pôr em prática a tutela jurisdicional, necessita-se de um pedido ou demanda.

Como forma de justificar este caráter dependente da jurisdição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p.148) elucidam que:

O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos a casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes.

No âmbito penal, a jurisdição é exercida pelos juízes estaduais comuns, Justiça Militar estadual, Justiça Militar federal, Justiça Federal e Justiça Eleitoral, excluindo-se apenas a Justiça do Trabalho, que não possui competência na esfera penal. A jurisdição penal, diferentemente da civil, devido a natureza dos interesses que são abrangidos, é caracteristicamente necessária e, por conseguinte, torna-se imprescindível ao seu exercício a existência de um processo, para que possam ser exercidas as suas funções e solucionados os conflitos em demanda. Destarte, o infrator não pode sujeitar-se a pretensão punitiva do Estado sem o exercício da jurisdição penal, que, do mesmo modo, é indispensável para o emprego do *jus puniendi* pelo Estado.

Visando a obtenção da tutela jurisdicional do Estado e a conseqüente aplicação da lei penal objetiva ao caso concreto, os indivíduos exercem a garantia de promover ao órgão público competente uma prestação jurisdicional, que lhes é constitucionalmente conferida com o propósito de garantir a cessação de ameaça ou lesão a direito ou bens jurídicos

individuais ou coletivos. Esta garantia é o direito de ação, assegurado constitucionalmente a todos, conforme reza o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal de 1988: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder” e ainda complementa o inciso XXXV deste mesmo artigo: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O dispositivo supracitado integra o rol dos direitos e garantias fundamentais, os quais constituem o grupo das garantias basilares da Carta Magna e são protegidos por força do artigo 60, parágrafo 4.º, inciso IV, deste mesmo diploma.

3 CONCEITOS E EMBASAMENTOS FUNDAMENTAIS DA AÇÃO PENAL

Na busca da manutenção da ordem social o Estado institui normas, que são verdadeiras expressões da sua vontade. Estas normas são dirigidas à regulamentação da vida em sociedade, compõem o direito objetivo e, na esfera penal, são elaboradas visando o combate ao crime através da imposição de penas e medidas de segurança. Quando transgredidas estas normas, o desígnio do Estado em proteger a ordem e o bem estar social é lesionado. Com efeito, o exercício do *jus puniendi*, pelo Estado, como forma de repreender os infratores, é acionado por meio do direito de ação e por intermédio de um processo penal.

Nesta ocasião é oportuna a compreensão dos conceitos e fundamentos da ação penal, visando, a partir destas elucidações, tornar simplificado o entendimento do conteúdo escopo deste estudo, na dogmática jurídica, e tornar esta percepção mais acessível à sua posterior aplicação aos crimes de estupro, enfatizando e apresentando as possibilidades jurídicas de aplicação deste direito na busca da pretensão punitiva do Estado.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO E DA AÇÃO PENAL

A compreensão de alguns dos princípios fundamentais que circundam o direito e a ação penal é imperiosa, por constituir uma plataforma para o saber e por ser peça vital na compreensão e análise da lei penal e sua aplicabilidade aos crimes, servindo como ponto de partida para o entendimento de toda a matéria.

É patente o prestígio oferecido ao princípio constitucional da legalidade ou reserva legal, tendo em vista que este além de compor regra basal no Direito Penal brasileiro é sopesado pela doutrina majoritária como uma das maiores conquistas no âmbito desta disciplina. Este notável princípio preconiza que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 1º do Código Penal). Tal postulado oferece, pois, a garantia de que ninguém seja punido por praticar ato que não esteja tipicamente previsto, estabelecendo, destarte, uma limitação ao exercício do poder punitivo do Estado.

Neste sentido, Barros (2001, p.39) acrescenta:

Verifica-se que a lei é a fonte única de criação dos delitos e das penas. O nosso Código consagra a famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Com isso, o arbítrio judicial, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito não podem instituir os delitos ou penas.

Evidencia-se através destas palavras a relevância dos preceitos sustentados por este princípio, que seguramente integram o Estado Democrático de Direito.

A doutrina consagra alguns princípios do Direito Penal que são abarcados pelo princípio da legalidade, como por exemplo, o princípio da anterioridade da lei penal, o da reserva absoluta da lei entre outros que, ao lado destes, formam contiguamente um conglomerado de fundamentos materiais do direito.

Integra, igualmente, o rol dos princípios basilares do Direito Penal o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal deve privar-se de intervir em condutas insignificantes e agir apenas quando estritamente indispensável (em *ultima ratio*), ou seja, no caso de ser a aplicação de outras regras do ordenamento jurídico insuficiente, conservando, destarte, o caráter subsidiário e fragmentário da jurisdição penal. Sobre este princípio, ilustram Mirabete e Fabbrini (2000, p.119):

Como a intervenção do Direito Penal é requisitada por uma necessidade mais elevada de proteção à coletividade, o delito deve consubstanciar em um *injusto* mais grave e revelar uma culpabilidade mais elevada; deve ser uma infração que merece a sanção penal. (Grifo do autor)

Emanado dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade apregoa que apenas as mais graves e perigosas condutas cometidas em detrimento de bens jurídicos relevantes merecem auferir a austeridade do direito penal. Este direito apresenta o atributo da fragmentariedade por se ocupar somente de uma fração dos bens jurídicos protegidos pelo direito positivo. No princípio da culpabilidade, o direito penal atua de forma a limitar o exercício do *jus puniendi*, uma vez que expressa que a pena só deverá ser imposta àqueles que, agindo com dolo ou culpa, e fazendo jus à condenação, cometerem um fato típico e antijurídico.

O princípio da humanidade resguarda o direito que o réu possui de ser tratado em consonância com os direitos da pessoa humana, que lhes são reconhecidamente conferidos constitucionalmente. Deste modo, é vedado ao poder punitivo estatal aplicar penas cruéis, infames e que venham a atingir sua dignidade. Nesta acepção, Capez (2005, p.21) remata: “disso resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém”.

Seguindo este modelo democrático e em reverência à dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade obriga que a pena aplicada seja proporcional ao ato antijurídico praticado. Nesse contexto, Capez (2005, p.20) novamente enfatiza: “com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade”.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XL que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Este dispositivo enuncia o direito fundamental abrigado no princípio da retroatividade da lei mais benéfica, no qual a norma penal não poderá retroagir em detrimento da pessoa humana, mas, apenas em seu favor. Deste modo, a lei penal que surja como meio mais benévolo ao réu retroagirá, do oposto continuará prevalecendo a lei que mais o favorece.

Concernente aos princípios que cingem a ação penal é de suma importância trazer à baila algumas considerações. O princípio constitucional da titularidade atribui que o Ministério Público será o titular da ação penal, condicionada e incondicionada, excetuando-se a incidência da ação penal privada subsidiária da pública. Seguindo esta premissa, faz-se referência aos termos do artigo 127 da Carta Magna: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Ao arrogar ao Ministério Público o caráter permanente, o legislador constituinte perpetrou a impossibilidade de extinção desta instituição e, por conseguinte, vedou-lhe a transferência de função.

É irrefutável, na busca do saber metodológico em tese, ressaltar-se, ainda que de forma breve, alguns dos demais proeminentes princípios atinentes à ação penal, quais sejam: o princípio da obrigatoriedade, que assevera a obrigação, conferida ao Ministério público, de denunciar quando perante um fato culpável, típico e ilícito; o princípio do livre convencimento ou persuasão racional, no qual o juiz pondera as provas existentes nos autos de acordo com o seu convencimento e fundamentando-se na verdade real; o princípio da indivisibilidade, que reza que o processo contra um ofensor obriga os demais e o perdão dado a um ofensor abrange aos demais; o princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual não será declarado nulo o ato se este alcançar sua finalidade e por fim o princípio da verdade real, que confere ao juiz a autonomia, que lhe for necessária, para requisitar as diligências imperiosas para a apuração da verdade.

Este conjunto de informações torna possível a elucidação dos conteúdos intrínsecos das normas penais, com vistas à sua aplicação aos casos concretos e à coesa aplicação da justiça.

3.2 O DIREITO DE AÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS

Reiterando o que fora anteriormente analisado, o ordenamento jurídico brasileiro confere, a todos, o direito constitucional de ação, como garantia fundamental de proteção e defesa de direitos violados. É através desta garantia que o Estado, como detentor do monopólio da Justiça, confere a todos o acesso ao direito. Como assegura Rangel (2005, p.206): “deve ele colocar ao alcance do cidadão instrumentos capazes de fazer valer os direitos inerentes ao exercício da cidadania, pois esta é uma emanção do *status civitatis*”. O direito de Ação figura como este instrumento, através do qual é concebida a prestação jurisdicional do Poder Judiciário e põe-se um fim ao litígio.

Algumas teorias procuram elucidar o conceito e a natureza jurídica do direito de ação. Dentre estas teorias, destacam-se a teoria civilista ou imanentista da ação e a teoria concreta da ação ou teoria do direito concreto de agir. A primeira, cujo precursor foi Savigny, defende que o direito de ação consiste no direito material, deste modo, o direito de ação seria elemento do direito material, agindo como uma reação à sua violação. Esta teoria teve seu momento de proeminência até meados do século XIX, porém atualmente considera-se ultrapassada. A segunda teoria (concreta) elaborada por Adolf Wach defende que a ação é autônoma em relação ao direito material, porém resguarda que a existência daquela está atrelada a esta. A respeito desta teoria, acentua Campiotto (2007, p.19; 20): “como a tutela jurisdicional somente poderia ser satisfeita por meio da proteção concreta, só haveria direito de ação quando a sentença fosse favorável”.

Com a publicação das obras de Degenkolb e Plósz, a teoria concreta da ação foi rebatida. Para eles, a ação era um direito abstrato, desvinculado do direito material. Hoje em dia, a teoria mais aceita no Brasil é a teoria eclética da ação, formulada por Liebman, segundo a qual, a ação é um direito abstrato, mas que depende da existência de determinados requisitos, que são as condições da ação. A doutrina mais atual considera que as condições da ação são requisitos para o seu exercício, mas não para sua existência.

O direito de ação idealizado contemporaneamente caracteriza-se por ser um direito autônomo, pelo fato de que possui sua própria substância e diferente do direito subjetivo material ao qual se vincula. É um direito subjetivo, intrínseco de cada indivíduo, exercido contra o Estado, sendo, por este motivo, qualificado também por ser um direito público. Este direito, além de abstrato, é instrumental, na medida em que atua com o propósito de obter a satisfação da pretensão em favor do caso concreto e, além disso, é um direito determinado, uma vez que se encontra fundado em algo específico, ou seja, numa pretensão determinada.

3.2.1 Conceito e condições da ação penal

A ação, que por sua terminologia deriva do latim *actio*, define-se como uma manifestação de força, movimento ou demanda. É o ato ou efeito de atuar. Ao ocorrer uma conduta que se adéqua a um tipo penal, faz-se necessário a aplicação dos meios coerentes para dirimir os conflitos e proteger os interesses que vieram a ser lesionados. É neste momento que este direito de ação deve ser posto em exercício, através da imposição da tutela estatal emanada pelo *jus puniendi*. No âmbito penal, a ação é interpretada como o direito subjetivo público de promover ao Poder Judiciário o bom emprego do direito penal objetivo ao caso concreto, no intuito de que se satisfaça a pretensão punitiva estatal. Logo, observa-se para se obter o desempenho do Estado-Juiz faz-se necessário que haja a iniciativa por parte do Estado-Administração em buscar a resolução da lide.

Para que se possa obter o provimento jurisdicional e tornar-se efetivo e legítimo o direito de ação, devem ser preenchidos alguns pressupostos processuais, que são denominados como condições da ação. Estes requisitos são a legitimidade para a causa ou *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir ou interesse processual.

A legitimidade para a causa ou *legitimatío ad causam*, segundo as palavras de Capez (2005, p.471):

É a legitimação para ocupar tanto o pólo ativo da relação jurídica processual, o que é feito pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo ofendido, na ação penal privada, quanto no pólo passivo, pelo provável ator do fato, e da legitimidade *ad processum* que é a capacidade para estar no pólo ativo, em nome próprio, e na defesa de interesse próprio.

Este pressuposto obriga que o direito de ação seja exercido apenas por quem, de direito, o possui. Sendo assim, somente poderá exercê-lo, no pólo ativo, o titular do interesse cuja proteção foi requerida e, no pólo passivo, o titular da obrigação correlata. Em outras palavras, a relação jurídica processual deverá compreender as partes integrantes da relação jurídica de direito material que motivou a demanda. Em regra, é o Estado-Administração que detém a legitimidade para exercer a ação penal. Excetuando-se os casos, previamente estabelecidos na lei, nos quais é concedido ao ofendido o direito de exercer a ação penal privada.

Há uma intrínseca conexão entre o princípio da legalidade e a condição processual da possibilidade jurídica do pedido, pois este é o requisito que condiciona a propositura da ação penal à existência de conduta típica. Desta forma, só será possível a propositura da ação penal se o fato imputado ao sujeito passivo desta ação constituir crime, pois é ineficaz que se possa pedir a punição de uma conduta que não é prevista na lei como infração penal. Em reforço a este tema, é válido apontar as lições de Gonçalves (2007, p. 90-91), para quem:

Não se admite a formulação de pretensões que contrariem o ordenamento jurídico. Aquele que vai a juízo postular algo que é vedado por lei terá a sua pretensão obstada. Não haveria sentido em movimentar a máquina judiciária se já se sabe de antemão que a demanda será malsucedida porque contraria o ordenamento jurídico. Para que o juiz verifique o preenchimento dessa condição da ação, não basta que ele examine, isoladamente, o pedido, mas também a causa de pedir, cuja ilicitude ou imoralidade contaminará o pedido.

O interesse de agir ou interesse processual revela-se através da manifestação da necessidade, utilidade e adequação da ação para com o direito que se pretende resguardar. Assim, a pretensão deve conter determinados atributos, através dos quais configurar-se-á o interesse processual de demandar. A doutrina majoritária elenca como propriedades à configuração do interesse de agir: a necessidade, a utilidade e a adequação. Sobre este tema, explica Campiotto (2007, p.27) que: “a necessidade consiste no uso da via jurisdicional para a satisfação do interesse visado, já que, sem a atuação do órgão jurisdicional, não é possível se impor ao autor do fato a sanção prevista em lei”. No que tange a utilidade, a exigência da demonstração deste requisito traduz-se em ponderar a importância do acesso ao judiciário, para o autor, na busca de uma decisão para sua pretensão. A adequação, por sua vez, consiste em verificar se a via jurisdicional é, de fato, a providência adequada para proporcionar a satisfação da pretensão do autor.

No que diz respeito à titularidade do direito de agir, ou legitimidade de interpor a ação, a ação penal é classificada em ação penal pública ou ação penal privada, segundo o critério de identificação da parte legítima para a sua propositura.

3.2.2 A ação penal pública

Ao Ministério Público, como aludiu-se anteriormente, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A esta instituição, que por força constitucional é essencial à função jurisdicional do Estado, além de outras atribuições, compete a função privativa de promover a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, CF). Campiotto (2007, p. 40) ilustra que: “O Ministério Público é *dominus litis*, isto é, o dono da ação penal, cabendo-lhe propor a ação penal e acompanhar todo o seu trâmite, em todas as instâncias, até final decisão, velando pela observância da lei”. Deste modo, por ser função privativa, a propositura da ação penal deverá ser feita por esta instituição sempre que a lei não expressar de modo diverso. Conforme dispõe o artigo 100 do Código Penal brasileiro:

A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º- A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

Partindo destes pressupostos, pode-se afirmar que toda ação penal é pública, tendo em vista que consiste no desempenho de um direito público subjetivo perante o Estado-Juiz. A respeito do tema, assegura Marques apud Campiotto (2007, p.32):

A ação penal, de fato, é sempre pública. Mas essa qualidade lhe advém, não da circunstância de ser penal, e sim porque toda ação é um direito público subjetivo em face do estado-juiz. O direito de ação, quer na justiça criminal, como nas jurisdições civis, é sempre um direito público subjetivo de caráter instrumental.

A ação penal tem início a partir do oferecimento da denúncia, feita pelo Ministério Público, devendo nela conter indícios suficientes de autoria e materialidade do crime. Além disso, deve existir na denúncia a exposição do fato típico e circunstâncias do crime, a

qualificação do acusado ou informações pelas quais ele possa ser identificado, a classificação do crime e o rol de testemunhas. Outrossim, é indispensável salientar que na hipótese de o Ministério Público não promover, dentro do prazo estabelecido na lei, a ação penal, esta poderá ser intentada através de ação privada subsidiária, de acordo com a garantia oferecida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIX.

O direito de exercer a ação penal, desempenhado pelo Ministério Público, é indisponível, e por este motivo não tem ele a faculdade de desistir da ação, visto que este poder-dever não lhe pertence, assim assegura o princípio da indisponibilidade. Em paralelo a este princípio, outros como o da oficialidade, da legalidade, da indivisibilidade (segundo o qual a ação penal abrange a todos os que praticaram a infração) e o da intranscendência (segundo o qual a ação penal é proposta apenas contra quem se imputa a prática da infração) cingem a ação penal.

Existem dois tipos de ação penal pública, a saber: a ação pública incondicionada e a ação pública condicionada.

3.2.2.1 Ação Penal Pública Incondicionada

Partindo das percepções já meditadas, pode-se asseverar que o Estado, como detentor do *jus puniendi*, tem o propósito de repreender as infrações penais em prol da manutenção da ordem social. O Ministério Público, por sua vez, não é o detentor do poder-dever estatal, mas o responsável por seu exercício, cumprindo-o por meio da ação penal, tal qual acastela o princípio da oficialidade.

Como expressão da materialização deste poder-dever, presentes as condições da ação e omitindo-se a lei quanto a ação penal aplicável ao crime, o Ministério Público promoverá a ação penal independentemente de qualquer manifestação de vontade ou interferência por parte do ofendido. Revela-se neste momento a ação penal pública incondicionada, porquanto, é observado no dispositivo contido no Código de Processo Penal, em seu artigo 24: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Sendo assim, apenas nos casos expressamente determinados por lei a ação penal pública será diversa da incondicionada e, por conseguinte, todos os crimes previstos no

ordenamento jurídico sobre os quais não se encontre manifesta indicação da ação penal cabível, aplicar-se-á este tipo de ação.

Cabe reforçar, ainda, que para o Ministério Público oferecer a denúncia deve haver elementos probatórios aceitáveis. Conforme acentua Filho (2009, p.113-114):

Para a ação exige-se a probabilidade, porque a ação penal já é um constrangimento que depende de base para submeter qualquer pessoa. Se estiver, por exemplo, cabalmente demonstrada a inexistência de dolo ou culpa, ou a ocorrência de excludente, não pode o promotor denunciar. Deve pedir o arquivamento. Na dúvida, porém, deve o promotor denunciar em virtude do princípio da necessidade e da defesa da sociedade.

Mesmo diante das exigências de tais elementos, a ação penal pública incondicionada termina sendo, ainda, a mais utilizada forma de ação penal.

3.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada

Como fora observado no texto do artigo 24 do Código de Processo Penal, nos casos em que a lei determinar, a ação deverá ser promovida através de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. Nestas circunstâncias, evidencia-se o emprego da ação penal pública condicionada, que, assim como a ação incondicionada, também é desempenhada pelo Ministério Público, diferenciando-se desta última pelo simples fato de que “a ação penal pública condicionada somente pode ser proposta pelo órgão oficial se estiver presente uma condição específica, própria deste tipo de ação” (CAMPIOTTO, 2007, p.42). Assim sendo, a ação penal condicionada subdivide-se em ação penal condicionada à representação e ação penal condicionada à requisição ministerial, as quais serão aludidas a seguir.

3.2.2.2.1 Ação Penal Pública Condicionada à representação

Representação é a faculdade, que incumbe a vítima ou seu representante legal, de decidir se oferecerá ao Estado poderes para desencadear a persecução penal. Poderes estes

manifestados através do pedido-autorização para investigar um crime e processar alguém, constituindo elemento imprescindível tanto para a propositura da ação penal como também para a instauração do inquérito policial, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 4º, do CPP: “O inquérito, nos crimes em que a ação penal pública depender de representação, não poderá sem ela ser instaurado”.

Esta faculdade de deliberar sobre a persecução penal, atribuída ao ofendido, se explica pelo fato de existirem determinadas infrações penais que atingem com maior proeminência os interesses da própria vítima em relação ao interesse público de punir. Em casos como este, a persecução penal pode acarretar para ao ofendido dano maior do que a infração propriamente dita.

No caso de o ofendido se tratar de pessoa incapaz, poderá oferecer seu direito de representação através de seu representante legal. Para tal atribuição, é considerado, predominantemente, no entendimento jurisprudencial que pode figurar como representante legal, além do detentor do poder familiar, o tutor, curador, aquele que detém a guarda do incapaz ou até mesmo a pessoa de quem a vítima depende economicamente. Dessemelhante, quando tratar-se de pessoa maior e mentalmente capaz, deverá o próprio indivíduo exercê-la. Estabelece ainda o CPP, em seu artigo 24, § 1º: “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, entretanto, somente será aplicado este preceito se ao tempo do óbito ou da ausência não tiver exaurido o prazo decadencial.

A representação pode ser oferecida ao juiz, à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público, devendo este direito ser exercido dentro do prazo de seis meses, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal tomou conhecimento do autor do crime. Convém ainda destacar que, segundo reza o artigo 25 do CPP: “A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia”.

Pode-se dizer de forma mais sucinta que a representação é, portanto, fator que condiciona o exercício da ação penal pública, agindo de modo a obstar a atuação do MP quando não evidenciada nos casos em que a lei manifestamente a exige.

3.2.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada à requisição ministerial

Do mesmo modo que a representação, a requisição ministerial é, nos casos em que a lei a exige, condição de procedibilidade da ação em demanda. Assim sendo, o magistrado deverá rejeitar a denúncia oferecida quando ausente esta condição, necessária ao desempenho da ação penal, com fundamento no artigo 43, III do CPP.

Esta hipótese de ação penal acaba sendo, de certa forma, incomum no ordenamento, tendo em vista que envolve alguns casos específicos, como os de crime contra a honra do Presidente da República ou Chefe de governo estrangeiro (artigo 145, parágrafo único, CP), nos quais a conveniência política da ação penal deva ser aquilatada. A requisição do Ministro da Justiça, embora seja um ato administrativo procedido de autoridade pública, é discricionário e exige, tão somente, a manifestação de vontade de se apurar a prática delituosa e a presença de alguns elementos básicos, como a qualificação da vítima; do autor do fato, quando possível; a descrição do crime; bem como de elementos que venham a ser úteis à caracterização do delito, dos quais disponha a autoridade penal.

A requisição ministerial é direcionada diretamente ao Ministério Público, ao qual incumbe o papel de averiguar se é ou não o caso de ser oferecida a denúncia, pois conforme entendimento majoritário da doutrina, a requisição não vincula o Ministério Público ao oferecimento da denúncia. Havendo, ainda, a possibilidade de ser solicitado, pelo MP, o arquivamento dos autos quando verificada a ausência de algum dos pressupostos para sua atuação, ou também a de enviá-los à Autoridade Policial para que se procedam as diligências cabíveis.

Não há previsão legal acerca do prazo para se formular a requisição ministerial, portanto, entende-se que esta pode ser oferecida a qualquer tempo, enquanto não incidir, através da prescrição ou outra causa, a extinção da punibilidade. Quanto à retratabilidade da requisição, por não haver previsão legal acerca da matéria, existem posicionamentos divergentes na doutrina. Por um lado defende-se que é possível a retratabilidade, enquanto outro resguarda sua irretratabilidade, sendo esta última posição a predominante. Este entendimento acosta-se na idéia de que o silêncio da lei exprime a facunda demonstração da irrevogabilidade da requisição.

3.2.2 A ação penal privada

Na ação penal privada, assim como na pública, o *jus puniendi*, evidentemente, permanece sendo propriedade do Estado. O que varia neste tipo de ação é a titularidade do direito *jus accusationis*, que na ação privada passa a ser propriedade do particular (ofendido), cabendo este atuar no exercício do direito de ação. Segundo a doutrina majoritária, o que ocorre é uma espécie de legitimação extraordinária, pois, assim como elucida Boschi apud Campiotto (2007, p.76):

Na ação de sua iniciativa, o ofendido, na qualidade de substituto processual, embora busque a proteção de interesse direto e pessoal, atua e move a jurisdição, em realidade, em nome do Estado, defendendo o interesse da sociedade na persecução e punição do infrator, já que o Estado credencia-o a exigir o pronunciamento da jurisdição sem lhe transferir, como falsamente poderia parecer, o *jus puniendi*, poder-dever naturalmente intransferível.

Ratificando essa mesma idéia Campiotto (2007, p.76) acrescenta que: “Assim, mais correto seria utilizar-se a denominação ‘ação pública de iniciativa privada’”.

Sustenta-se, ainda, que a ação privada se fundamenta no argumento de que a impunidade do criminoso, em alguns casos, pode provocar ao ofendido um mal menos gravoso do que o escândalo processual que pode vir a originar-se em decorrência da propositura da ação penal. Torna-se inequívoca, nestas situações, a predominância do interesse particular sobre o coletivo.

Conforme ao artigo 100, §2º do Código Penal, “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”. A queixa é, pois, a peça inicial da ação penal privada e assim como a denúncia, deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias, a qualificação do querelado ou esclarecimentos pelos quais se possam identificá-lo, a qualificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. Convém destacar que “o direito de queixa, ressalvadas disposições legais especiais extingue-se no prazo de 6 meses contados da data em que o ofendido tem conhecimento de quem é o autor da infração” (FILHO, 2009, p.119).

Neste tipo de ação, o ofendido ou representante legal e o réu denominam-se respectivamente querelante e querelado. A possibilidade de desistência é característica que compõe a ação privada, ela consiste na “manifestação de vontade de não dar prosseguimento a uma ação já instaurada” (FILHO, 2009, p.116), e fundamenta-se através do princípio da

disponibilidade, revelado de forma inversa ao princípio da indisponibilidade, corolário da ação penal pública.

A ação penal privada pode ser exclusiva, personalíssima ou subsidiária da pública. A exclusiva ou principal deve ser proposta exclusivamente pelo ofendido ou seu representante legal e no caso de morte ou ausência do ofendido o direito de propor a ação ou nela prosseguir transfere-se ao seu sucessor; diferentemente desta, na ação privada personalíssima o direito de ação é intransmissível, não se admitindo a sucessão por morte ou ausência; já ação privada subsidiária da pública, como já ressaltou-se em outro momento, é aquela empregada quando da inércia do Ministério Público na ação penal pública.

Enquanto que nas ações privada exclusiva e personalíssima o MP atua na condição de *custos legis*, ou fiscal da lei, cabendo a ele intervir em todos os termos do processo, inclusive tendo a faculdade de aditar a queixa; na ação privada subsidiária da pública, o MP tem a função de interveniente adesivo obrigatório e possui atribuições ainda mais amplas, como a de fornecer elementos de prova, interpor recurso e oferecer denúncia substitutiva.

4 A CONJUNTURA LEGISLATIVA DO CRIME DE ESTUPRO ANTES E APÓS O ADVENTO DA LEI 12015/09 E SEUS REFLEXOS NA AÇÃO PENAL

4.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

Sustentados durante inúmeros anos com esta nomenclatura, os *crimes contra os costumes*, abrigados no título VI do Decreto-Lei nº 2848/40, cognominados cotidianamente como crimes sexuais, surgiram em substituição aos “crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” (instituídos pelo Código Penal da República, de 1890), a partir da necessidade de novos preceitos em defesa da liberdade sexual, e atendendo a evolução do homem, das relações sociais e do Ordenamento Jurídico.

Adentrando neste contexto, torna-se oportuno enfatizar que os costumes representam condutas sociais oriundas de práticas reiteradas, adotadas pela sociedade, capazes de regular as relações entre os indivíduos. Desta forma, como assevera Führer (2009, p. 42), “na linguagem jurídica, identifica-se costume como a regra não escrita que nasce pelo uso continuado e que é considerada por todos como legítima e obrigatória”. Estas regras não escritas influenciam de forma direta as atitudes humanas, refletindo, ainda que atualmente de forma menos intensa, a vontade e os receios existentes no meio social e manifestando-se ao mesmo tempo como a moral pública sexual. Neste sentido, Nader (2005, p. 155) aponta com notória lucidez:

No passado a influência era mais visível, de vez que o costume, além de fonte material, era a forma de expressão do Direito por excelência. Na atualidade, como órgão gerador do Direito, o costume se apresenta com pouca expressividade, com função apenas supletiva da lei.

Partido desta idéia, há algum tempo a doutrina cometeu-se em analisar a adequação desta terminologia ao modelo comportamental da sociedade contemporânea. Destarte o que se pretendia ponderar era a harmonia entre a nomenclatura dada ao Título VI do Código Penal face aos crimes que o compunham, sopesando-se ainda a consonância entre os tipos penais abarcados neste título com a realidade experimentada pelo corpo social nesta ocasião. Este exame doutrinário passou a ter grande valor a partir do momento em que foi observada a incompatibilidade existente entre os ideais éticos e morais do ano de 1940 (época de edição

do Código Penal) e a liberdade de ser, agir e pensar blindados pela Constituição Federal de 1988. Estas observações críticas exerceram influente papel na formação dos ideais propulsores da reforma penal sobrevinda com a Lei 12.015/09.

Antes das modificações ocasionadas pela reforma, os crimes contra os costumes compreendiam, no Código Penal brasileiro, seis capítulos, os quais subdividiam-se da seguinte forma: os crimes contra a liberdade sexual (do art. 213 ao 216A), os crimes de sedução e corrupção de menores (arts. 217 e 218), o crime de rapto (do art. 219 a 222), os crimes de lenocínio e tráfico de mulheres (do art. 227 a 231) e os crimes de ultraje público ao pudor (arts. 233 e 234).

O crime de estupro, foco do presente estudo, em sua antiga redação, situava-se no artigo 213, do Capítulo I (Dos Crimes contra a Liberdade Sexual) do Título VI (Dos Crimes contra os Costumes), precedendo o artigo 214 que tratava do crime de Atentado violento ao pudor. Logo em seguida, o artigo 215 definia o crime de Posse sexual mediante fraude, o artigo 216 previa o crime de Atentado ao pudor mediante fraude e por último o artigo 216-A, incluído pela Lei 10.224/01, definia o crime de Assédio sexual. A reforma advinda com a Lei 12.015/05 trouxe uma significativa mudança no que diz respeito ao Título examinado.

3.2 O CRIME DE ESTUPRO ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.015/09

A antiga redação do artigo 213 do CP assim previa: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão de seis a dez anos”. A conduta típica do crime de estupro configurava-se, pois, com o constrangimento ilegal para a prática de conjunção carnal, o que restringia este ato à penetração do pênis na vagina. Partindo desta afirmativa, pode-se discernir que a viabilidade jurídica da prática do referido delito limitava-se ao sujeito ativo do sexo masculino e, como o próprio tipo penal enuncia, o sujeito passivo seria exclusivamente do sexo feminino. Nesse sentido reiteram Mirabete e Fabbrini (2007, p. 407): “somente o homem pode praticar o delito, uma vez que só o varão pode manter conjunção carnal com a mulher”. É conveniente advertir, ainda, a possibilidade de uma pessoa do sexo feminino figurar como sujeito ativo deste crime, desde que na condição de partícipe ou co-autora.

O constrangimento exprime-se pela ação de coagir; forçar ou obrigar através da força alguém a praticar algo contra a sua vontade. Como elemento do crime em estudo é

indispensável, para sua configuração, que seja expressamente manifestado o dissenso da vítima, quando da prática do ato. Assim sendo, exige-se que a vítima se contraponha impetuosamente à consumação do ato sexual, devendo, para tanto, revelar-se “uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer, que a mulher seja obrigada, forçada, coagida, compelida à prática da conjunção carnal” (MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 409).

Corroborando com o referido teor, Damásio de Jesus (1998, p. 69) acrescenta ainda que: “é preciso que a falta de consentimento da ofendida seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral”.

Para haver uma perfeita adequação ao tipo penal, o crime deve conter todos os elementos necessários para a sua caracterização. No caso do estupro, além dos elementos objetivos que já foram expostos, exige-se o elemento subjetivo do dolo específico, que se exprime através da vontade e finalidade específica, que o sujeito ativo tem, de satisfazer sua lascívia utilizando-se, para tal, do emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima.

A utilização de violência ou grave ameaça, por sua vez, é elemento normativo do tipo penal e, assim como os demais, obrigatório para a caracterização do delito. A violência consiste no uso da força física para abater a resistência da vítima. Em outras palavras, é o constrangimento exercido sobre alguma pessoa para obrigá-la ou coagi-la a praticar um ato qualquer contra a sua vontade, nas circunstâncias do crime em questão, o ato sexual.

Para exprimir-se categoricamente e de forma válida à adequação do tipo penal, o elemento da grave ameaça deve sobrepujar um autêntico poder de intimidação para com a vítima, e para tanto, deve causar temor, medo e grande receio. Em paralelo a afirmativa, Mirabete e Fabbrini (2007, p.409) certificam novamente que: “Em se tratando de ameaça, deve ela ser grave (promessa da prática de mal considerável), mas não importa a justiça ou não do mal ameaçado.

Tem-se em conta, sempre, a capacidade de resistência da vítima”. A ameaça oferecida à vítima deve, ainda, ser exequível, ou seja, deve existir a possibilidade de que esta ameaça venha ser concretizada pelo sujeito ativo. Logo, pode-se exemplificar que, não estaria sujeito às penas do crime de estupro o homem que ameaçasse uma mulher a praticar a conjunção carnal consigo, sob penal de mandá-la para o planeta Marte. Ressalta-se, ainda, que nas hipóteses em que o estupro não tiver se consumado, por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo, configurar-se-á a forma tentada do delito.

A doutrina versa, ainda, que para a comprovação do delito de estupro com a utilização de violência faz-se necessária a produção de prova através de exame médico-

pericial (corpo de delito) e não sendo, este tipo de prova, viável para os casos de grave ameaça, deve-se para estas situações exigir-se a apresentação de outros meios probatórios que corroborem para a elucidação do crime.

É de grande valia destacar que, na conjuntura legislativa anterior a publicação da Lei 12.015/09, nas hipóteses em que a conduta praticada pelo agente fosse diversa da conjunção carnal, consistindo na prática de outros atos libidinosos, através do uso de violência ou grave ameaça, estar-se-ia diante de um tipo penal diverso: o crime de atentado violento ao pudor, que apresentava sua conduta tipificada no antigo texto do artigo 214 do Código Penal brasileiro. Para a caracterização do referido tipo penal, a conduta (ato libidinoso diverso da conjunção carnal) poderia ser praticada por pessoas de ambos os sexos, não devendo ser o sujeito ativo necessariamente do sexo masculino, já que não se trata mais de conjunção carnal, destarte, estar-se-ia diante de um crime comum e não mais de um crime próprio. O sujeito passivo deste crime também não mais se restringia a pessoas do sexo feminino, como o era no delito de estupro.

Por englobar os atos de libidinagem diversos da conjunção carnal, este tipo penal consumava-se com a incidência de condutas como o coito anal ou oral, além de outras que viessem a ser cometidas no intuito de satisfazer a concupiscência do sujeito ativo. Acerca destas condutas, Jesus (1998, p. 102) examina claramente:

Ato libidinoso é o que visa o prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Para a caracterização do crime, porém deve ser diverso da conjunção carnal, ou seja, diferente da cópula normal obtida mediante violência, que está presente no crime de estupro. Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia. (Grifo do autor)

Avigorando o que já foi salientado, torna-se imperioso realçar que para configura-se o tipo penal em exame seria indispensável que o sujeito ativo, em sua atuação, se utilizasse do emprego de violência ou grave ameaça como meio de alcançar seu propósito. A sanção prevista para este delito, assim como no crime de estupro, era a reclusão de seis a dez anos.

4.3 O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Abordando-se, ainda, a conjectura do Código Penal antes da reforma (Lei 12.015/09), é mister remeter-se às hipóteses nas quais os “atos de libidinagem” viessem a ser praticados com pessoas maiores de catorze e menores de dezoito anos, haja vista que, em tais circunstâncias, não se estaria mais diante do tipo penal de atentado violento ao pudor, nem tampouco do crime de estupro, uma vez que surgia, destarte, um novo tipo penal a ser examinado: o crime de corrupção de menores.

O tipo penal ao qual nos referimos, dedicava seu anteparo aos adolescentes vitimados por atos dissolutos, capazes de contaminar a integridade moral e psíquica destas pessoas jovens e, predominantemente, ingênuas. Pretendia o legislador, ao dispor a terminologia ‘corrupção’, repelir os atos de viessem a macular, viciar ou perverter os indivíduos desta categoria por meio de práticas imorais e indecorosas.

Entende-se que, para configurar-se o tipo penal em alusão, não é obrigatoriamente necessária a caracterização da finalidade do agente em corromper a vítima, bastando, para tal, que esteja presente em sua conduta o elemento dolo, pois, ao praticar os atos libidinosos, o ofensor estaria aceitando que a esta corrupção se efetivasse (dolo eventual). Consoante, é atribuído por Greco (2008, p. 536) que: “para que se reconheça a corrupção de menores, a conduta do agente deve ser dirigida: a) a praticar com a vítima, ato de libidinagem; b) induzi-la a praticá-lo e c) induzi-la a presenciá-lo”.

A Lei 2.252 de 1º de julho de 1954 dispunha sobre o delito de corrupção de menores. Entretanto, ao contrário do que se pensa, esta norma versava de uma situação distinta da que se acomete nesta ocasião.

Esta norma estabelecia em seu artigo 1º:

Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

Percebe-se que a conduta que este dispositivo pretendia refrear não se limitava exclusivamente à prática de atos libidinosos. O desígnio desta regra consistia em impedir que o menor (sem limite mínimo de idade) fosse corrompido à criminalidade, em quaisquer das suas formas.

É de suma importância esclarecer que o consentimento da vítima (indivíduo maior de 14 e menor de 18 anos) quando da prática do delito é fator fundamental para o reconhecimento do remanescente crime, haja vista que, havendo o dissenso do agente passivo em relação à prática do ato libidinoso, a vítima naturalmente estaria sendo forçada a consumação do crime através do emprego de violência ou grave ameaça. Portanto, diante desta última hipótese o fato adequar-se-ia aos tipos penais de estupro ou atentado violento ao pudor, conforme o caso.

Em atenção aos crimes contra os costumes, o artigo 224 do Código Penal brasileiro, antes de auferir os reparos sobrevindos com a “nova lei de crimes sexuais”, versava sobre as hipóteses para as quais se atribuíam a violência presumida. Assim tratava o dispositivo mencionado: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Esta disposição resguardava as vítimas que não possuíam a capacidade de discernimento e maturidade necessária para consentir com atos que envolvessem o sexo, visando proteger sua indenidade sexual¹ em virtude de suas limitações. Segundo as lições de Jesus (1998, p. 140; 141):

Trata-se de violência presumida, ficta ou indutiva. O legislador presume a violência, tendo em vista as circunstâncias concretas dentro das quais a vítima não pode, validamente, dar seu consentimento. (...)

O art. 244 do CP aplica-se aos crimes de: a) estupro (art.213); b) atentado violento ao pudor (art. 214) e c) rapto violento (art. 219). Nos casos de estupro e atentado violento ao pudor a pena deve ser agravada de metade, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25-7-1990, que dispôs sobre os delitos hediondos.

Neste compasso, complementa Capez (2008, p. 64):

¹ Indenidade sexual é um conceito que se utiliza para abarcar as hipóteses nas quais a vítima não goza de liberdade sexual, seja momentânea, seja por um espaço de tempo mais ou menos permanente. A pessoa adulta que, por qualquer causa, se haja privada de sentido, uma criança de nove anos ou um sujeito que sofre qualquer tipo de transtorno psíquico, nenhum deles pode em um momento determinado dispor sobre sua liberdade sexual. E se alguém mantivesse relações desta índole com pessoa que se encontra nessa situação, atacaria sua indenidade sexual. E se entende por tal o direito que todo ser humano tem a manter incólume sua dignidade humana frente a consideração de seu corpo como mero objeto de desejo sexual. Desta forma, a indenidade sexual está intimamente relacionada com a dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade. (JIMENEZ, Emiliano Borja, apud GRECO, 2008, p.550)

Tem em vista o legislador circunstâncias em que a vítima não tem capacidade para consentir validamente ou não tem capacidade de resistência. Com base na presença dessas circunstâncias, criou-se uma presunção legal do emprego de violência, pois, se não há capacidade para consentir ou para resistir, presume-se que o ato foi violento. Difere da violência real, pois nesta há efetiva coação física ou moral.

Nesta óptica, por muitas vezes criticou-se o dispositivo legal em análise, tendo em vista que este poderia ocasionar situações injustas, uma vez que, na hipótese de um garoto de 18 anos manter relações sexuais com a namorada de 13 anos, estaria cometendo o crime hediondo de estupro, considerando que haveria a presunção de violência, nos termos da lei, e conseqüentemente incorreria na penalidade que poderia variar de 9 a 15 anos (aumentada por força da Lei 8.072/90).

4.4 DA AÇÃO PENAL

Antes do advento da Lei 12.015/09, ação penal pertinente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor era, em regra, de iniciativa privada, procedendo-se mediante queixa, desde que deles não resultasse morte ou lesão corporal de natureza grave (casos em que a ação seria pública incondicionada) e excetuadas as hipóteses previstas em lei, conforme disposto no antigo texto do artigo 225 do CP:

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 nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Nas hipóteses do primeiro inciso, casos em que “o legislador leva em consideração a miserabilidade da vítima” (JESUS, 1998, p. 142), a ação seria de iniciativa pública condicionada à representação, enquanto que, nas hipóteses do segundo inciso, “dada a gravidade do crime, perpetrado por quem tenha sobre a vítima o pátrio poder, ou o dever de zelar pela sua integridade física e moral” (JESUS, 1998, p.142), a ação seria pública

incondicionada. Sobre o caráter ordinariamente privado da ação penal nestes crimes, esclarecem Mirabete e Fabbrini (2008, p.556) que:

Verifica-se, portanto, a preocupação da lei penal com a vontade da vítima, pois que, tratando-se de crimes sexuais esta pode preferir que o caso seja impune, diante da publicidade a que estaria exposta em virtude do início de uma ação penal, incidindo naquilo que a criminologia convencionou denominar de *vitimização secundária*². (Grifo do autor)

Amparada em concepções congruentes às que tangem este ideário, a doutrina cuidou em versar paulatinamente os pontos que induziam a sopesar a ação privada como uma forma de evitar o escândalo processual, acreditando ser, este, um modo de proteger a intimidade da vítima. Entretanto, uma outra corrente doutrinária julgava desnecessária a ação privada neste intuito, acastelando que a ação pública condicionada supriria satisfatoriamente a necessidade que a vítima tinha de poder optar pela publicidade ou não do fato jurídico.

É conveniente salientar que, por força da Súmula 608 editada pelo STF, *verbis*: “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”, estabeleceu-se que sempre que o crime fosse perpetrado com requintes de violência real, como diz a redação da própria súmula, a ação seria de iniciativa pública incondicionada, restando admitir-se a ação privada e, conforme o caso, pública condicionada à representação, apenas para os casos nos quais se empregasse a grave ameaça como meio de constrangimento à prática delituosa.

Sob a esteira dos crimes em tese, nas hipóteses em que se configurasse a violência presumida (art. 224, CP) a ação penal seria privada, dependendo, portanto, de iniciativa por parte do ofendido ou seu representante legal.

Ademais, impende ressaltar que, no crime de corrupção de menores a ação penal procedia-se da mesma maneira que nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Era, portanto, privada, excetuando-se as hipóteses do artigo 225, parágrafo 1º do Código Penal.

² Vitimização secundária caracteriza-se pelo efeito vitimizador que tem os órgãos encarregados da Administração da Justiça quando em suas investigações e atuações policiais ou processuais expõem a vítima a novos danos ou a situações incômodas, umas vezes desnecessárias, mas outras inevitáveis, para a investigação do delito e castigo do delinquente. (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, apud GRECO, 2008, p. 556)

4.5 A REESTRUTURAÇÃO LEGISLATIVA PROVINDA COM A LEI 12.015/09

Com aporte nos crimes objeto deste estudo, impende esclarecer que, no intuito de promover uma reestruturação normativa coerente aos novos moldes da sociedade contemporânea e como forma de suprir a patente necessidade de se estabelecerem novos parâmetros em substituição àquela composição de ideais amoldados numa realidade que não mais prevalece na sociedade hodierna, surgiu a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, objetivando proporcionar a aplicação de uma realidade condizente com a nova estrutura social aos dispositivos que regulam os crimes elencados no Título VI do Código Penal brasileiro. Os referidos delitos auferiram um novo panorama jurídico, predominantemente emanado a partir de matérias que há algum tempo eram alvo de debates e ponderações doutrinárias e jurisprudenciais.

Todavia, é de se notar que, apesar de a reforma legislativa mencionada ter prestigiado uma grande parte dos problemas levantados nos questionamentos jurídicos, não foram sanadas todas as deficiências inerentes à estrutura normativa dos delitos sexuais, tendo em vista que assim como ocorre em todas as mudanças, esta lei tornou-se mira de elogios, discussões e críticas.

Como é sabido, as sociedades mais antigas primavam pela observância dos princípios éticos e morais predominantes no meio social. Na medida em que a sociedade evolui, deve-se evoluir consigo as regras de condutas sociais, como forma de harmonizar as relações cotidianas na busca de aplicação coerente da justiça. Nesse lume, há muito vinha sendo criticada a nomenclatura dada ao Título VI do Código Penal, “Dos crimes contra os costumes”. Apregoava-se que esta nomenclatura não mais condizia com momento jurídico que a sociedade hoje experimenta, cingido por pensamentos e condutas distintos dos que prevaleciam à época de 1940, quando se publicou o Código Penal brasileiro.

Nessa esteira de acontecimentos consolidou-se a lei 12.015/09, que, além de outras alterações, modificou a nomenclatura do Título VI, hoje denominado como “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Além dessa modificação, alteraram-se diversas normas. A saber, que, de forma semelhante a algumas legislações estrangeiras, foram unificadas as condutas incriminadoras dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor em um só tipo penal. Além disso, deve-se destacar a inovação contemplou a Lei 8.072/90 (Lei de crimes hediondos), através da qual foi instituída a hediondez do crime de estupro em quaisquer de suas modalidades.

Sucedeu-se também, com a reforma, a revogação da lei 2.252/54 que tratava do crime de corrupção de menores, que hoje tem seu conteúdo fincado no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. O conteúdo do revogado artigo 218, que tratava do crime de corrupção de menores (com conduta distinta da delineada na revogada lei 2.252/54) estendeu-se à instituição três novos tipos penais, quais sejam: “Induzimento de menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem”, art. 218; “Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, art.218-A e “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”, 218-B do Código Penal. Esteado na natureza dos crimes abrangidos no Título VI, instituiu-se um novo dispositivo, no artigo 234-B do CP, que determina que “os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. Além disso, houve mudanças significativas no que concerne à ação penal empregada nestes delitos, escopo do presente estudo, que doravante serão exploradas.

4.5.1 Do crime de estupro sob o óbice da nova lei

A nova redação do artigo 213 do Código Penal assim determina: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

Como o próprio texto do artigo enuncia, a prática delitiva agora não mais se restringe a conjunção carnal, mas engloba igualmente a prática ou permissão da prática de outros atos libidinosos, mediante violência ou grave ameaça, conduta que antes era tipificada no crime de atentado violento ao pudor.

Dentro destes moldes, evidencia-se que, “o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo” (NUCCI, 2009, p.16). Nesta óptica, deduz-se que o crime de estupro deixou de ser um crime próprio, sendo agora um crime comum, além disso, o bem jurídico tutelado neste dispositivo legal não mais se restringe à liberdade sexual (ou dignidade sexual) da mulher, uma vez que oferece, outrossim, igual tratamento às pessoas do sexo masculino.

O crime de estupro passou a ser um crime de forma livre, tendo em vista que abrange diversas condutas (qualquer outro ato libidinoso), por conseguinte, as formas de se consumar o delito passaram a ser consideravelmente amplas.

Segundo as palavras de Nucci (2009, p. 17):

Tratando-se de conjunção carnal, não se exige a completa introdução do pênis na vagina, nem é necessária a ejaculação. No tocante a *outro* ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação. Porém somente o caso concreto poderá delimitar, com eficiência, a finalização do *iter criminis*, permitindo ao juiz visualizar a consumação.

A unificação dos tipos penais em menção eliminou, logicamente, a possibilidade de efetivar-se o concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, e conforme o caso, até mesmo a de configurar-se crime continuado, uma vez que a conduta típica agora passa a englobar todos estes atos. Destarte, “somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro” (NUCCI, 2009, p.19).

No que concerne às formas qualificadas, revogou-se o artigo 223 do CP, que, segundo críticas doutrinárias, não era adequado, tendo em vista que contemplava apenas as lesões corporais que resultassem de atos de violência, deixando de abranger as hipóteses nas quais estas fossem causadas em decorrência de grave ameaça. O novo texto, agora incorporado ao artigo 213, em seu § 1º, assim estabelece: “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos”. Observa-se que, de fato, o termo violência foi substituído pelo termo conduta e é interessante notar que este parágrafo acomete uma nova qualificadora, que atinge aos que praticam a conduta com pessoa de idade inferior a 18 anos e superior a 14 anos. Se da conduta resultar morte a pena poderá variar de 12 até 30 anos.

O extinto artigo 224 do CP, que estabelecia as hipóteses para as quais empregar-se-ia a presunção de violência, foi revogado, dando lugar um novo tipo penal, denominado por “Estupro de vulnerável”. Este novo delito, previsto no artigo 217-A, estabelece a seguinte conduta típica: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de (catorze) 14 anos. Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. O parágrafo primeiro deste artigo estabelece ainda a mesma penalidade aos que cometem a conduta típica com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato ou que contra este não pode oferecer resistência.

Nota-se que a conduta típica é a mesma do crime de estupro comum, logo, o bem jurídico tutelado é mesmo, mudando apenas o sujeito passivo (que neste caso restringe-se aos

indivíduos menores de 14 anos). Com este aporte, deduz-se que o estupro de vulnerável constitui, igualmente, um delito comum, de forma livre e que possui o dolo como elemento subjetivo do tipo. A pena instituída a este delito é superior a estabelecida ao crime de estupro comum. Da mesma maneira ocorre na hipótese em que resultar, da conduta, lesão corporal grave. Neste caso a pena poderá variar de 10 a 20 anos, enquanto no crime de estupro varia entre 8 a 12 anos.

Em observação ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, a lei 12.015/09, no que concerne ao crime de estupro de vulnerável, não poderá ser aplicada aos fatos que ocorreram anteriormente a sua publicação, tendo em vista que este novo dispositivo torna a pena mais gravosa aos que perpetrarem a conduta descrita no tipo penal.

Ainda sobre este dispositivo, Nucci (2009, p. 35) posiciona-se coerentemente no sentido de que: “o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado”.

4.5.2 A ação penal nos crimes de estupro e estupro de vulnerável

Como já é sabido, na estrutura legislativa anterior a reforma, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, assim como os demais crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI do CP, eram, em regra, de ação privada, ressalvadas as hipóteses que já foram previamente especificadas (art. 225, §1º e incisos, CP; Súmula 608 do STF e formas qualificadas do delito).

O novo panorama sobrevindo com a lei 12.015/09 estabeleceu a seguinte redação ao artigo 225 do CP:

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.

Torna-se evidente que, no caso de estupro comum (em sua forma simples), contra pessoa maior e não vulnerável, a ação penal é pública, porém dependente de representação do ofendido ou seu representante, estando, neste caso, sujeita ao prazo decadencial de seis meses

contados a partir do dia em que se teve ciência da autoria do crime. Na hipótese de ser, o estupro, praticado contra pessoa menor de 18 anos ou considerada vulnerável, a ação é pública incondicionada, havendo ou não o resultado morte ou lesão corporal grave.

A extinção do caráter privado da ação, para estes delitos, manifesta a estagnação dos argumentos nos quais se fundava a defesa do direito de deflagrar a persecução penal conferido, anteriormente, à parte ofendida. Logo, a titularidade da ação penal, nestes crimes, passou a pertencer ao Ministério Público, o que não impede que a parte ofendida ou seu representante legal interponha a ação penal privada subsidiária da pública, quando da inércia do MP. Pode-se afirmar, ainda, que, amparados no princípio da retroatividade da lei mais benéfica, somente os fatos ocorridos após a publicação da lei da citada lei (em 7 de agosto de 2009), incorrerão na ação penal de iniciativa pública condicionada, uma vez que a ação penal privada seria mais benéfica ao réu na medida em que neste tipo de ação admite-se a renúncia, perdão e outros meios através dos quais possa ser alcançada a extinção da punibilidade.

Convém, ainda, conferir que nos casos em que o estupro for praticado por ascendentes e descendentes, padrastos e madrastas, tutores e curadores, ou outros parentes próximos, contra pessoas maiores de 18 anos, a ação penal já não mais será mais incondicionada, como antes era, condicionando-se, agora, à representação, como a regra determina.

4.6 VISÃO CRÍTICA E DOUTRINÁRIA ACERCA DAS ALTERAÇÕES NA AÇÃO PENAL REFERENTE AO CRIME DE ESTUPRO APÓS A LEI 12.015/09

A doutrina sempre acastelou que o caráter privado da persecução penal, nos crimes em comento, deixava transparecer o manifesto desígnio estatal de resguardar a intimidade da vítima contra o *strepitus iudicii*. Com a extinção da possibilidade de o ofendido interpor a ação penal privada, uma imane contrariedade atinge parcela significativa dos juristas e estudiosos do assunto, que, esteados no artigo 5º, X da Constituição da República Federativa do Brasil, atribuem que a garantia constitucional de proteção à intimidade da vítima no crime de estupro estaria sendo violada com o fim dessa prerrogativa (da vítima iniciar a persecução penal), uma vez que, desprovida deste atributo, estaria a vítima à mercê do escândalo processual sucedido por meio das circunstâncias do fato criminoso.

Em contraposto a este posicionamento, maior parte da doutrina considera esta mudança como um grande avanço em defesa da vítima, já que, a ação penal pública condicionada não arranca do ofendido a oportunidade de manifestar ou não sua pretensão, uma vez que, no momento em que ela é promovida, remediaram-se os mesmos interesses que se pretendiam resguardar na ação privada, havendo, igualmente, a proteção da intimidade da vítima, tendo em vista que incumbe a ela representar pelo início da ação. Em aquiescência a este posicionamento, Nucci (2009, p.62) corrobora que: “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”.

Amparado nesta mesma concepção, Oliveira (2008, p.123), garante que, para suprir a necessidade, que o Estado apresa, de proteger a vítima no intuito de preservá-la diante dos efeitos danosos que porventura vierem a ser causados, através da divulgação dos fatos, "bastaria que a lei os submetesse à persecução penal pública, condicionada à autorização da vítima ou seu representante legal".

Em análise ao tema, o procurador de justiça Lenio Luiz Streck posicionou seu anteparo no sentido de que, o argumento que apóia a ação privada como forma de proteger a vítima contra o *strepitus judicii*, não prospera, uma vez que, se a vítima dirige-se à autoridade e solicita as providências contra o autor do fato, este procedimento já corresponde, de certa forma, a uma representação, e, no momento em que ela expõe os fatos, quando do oferecimento da queixa, já abriu mão de pequena parcela de sua intimidade para processar o autor da infração. Reiterando esta corrente, Moreira Alves, promotor de justiça do Estado de Minas Gerais acrescenta:

Com efeito, alegava-se que não era lógico permitir que a decisão sobre o início da persecução penal ficasse exclusivamente nas mãos do particular considerando que alguns crimes contra os costumes eram de extrema gravidade, notadamente os crimes de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214), com pena máxima abstratamente cominada de 10 (dez) anos de reclusão. Em situações como essas, era nítido o interesse público na devida punição dos agentes delitivos, o que deveria autorizar o Estado, por meio do Ministério Público, a deflagrar a ação penal. Nesse contexto, é conveniente lembrar que esses crimes eram considerados crimes hediondos (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/90), tanto na sua forma simples como na sua forma qualificada, conforme posicionamento do STF (HC nº 81.288/SC). Aliás, o próprio STF, no julgamento do HC nº 81.360/RJ, chegou a afirmar que o estupro, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, seria um problema de saúde pública.

Por outro lado, a mesma corrente doutrinária que defende a ação penal pública como a mais coesa e adequada forma de se obter a persecução penal, entendeu que houve um desacerto do legislador, quando deixou de atribuir a ação penal pública incondicionada aos casos em que o agente utilizou-se de violência real, uma vez que a Súmula 608 do STF, que hoje não possui validade, garantia a persecução penal através de ação pública incondicionada quando efetivada a referida hipótese.

O ponto que mais se critica, na estrutura atual, é o fato de que os crimes de estupro em sua forma qualificada (com resultado de lesão corporal grave ou até mesmo morte) são condicionados à representação da vítima, o que, de fato, é incoerente, uma vez que, enquanto o crime de estupro com resultado morte (pena de 12 a 30 anos) depende de representação, o estupro de vulnerável (pena de 8 a 15 anos), crime de potencial ofensivo inferior ao estupro com resultado morte, é de ação pública incondicionada. Neste aporte ideológico, o delegado de polícia Eduardo Luís Santos Cabette, se manifesta:

Não é crível que o legislador tenha pretendido deixar ao alvedrio da vítima ou seus representantes ou sucessores legais (artigo 31, CPP) a decisão de autorizar o procedimento em casos que envolvem lesões graves e, principalmente, morte. Imagine-se que num caso de estupro seguido de morte os sucessores da vítima (que não fosse menor ou "vulnerável") não representassem e um crime dessa gravidade deixasse de ser perseguido.

Esta situação deixa transparecer certa incongruência quando ponderada diante do princípio da proporcionalidade. Um exemplo trivial do caráter desproporcional conferido pelo atual ordenamento reside na hipótese objetiva de que, quando um namorado de 18 anos mantiver relação sexual com a namorada menor de 14 anos, mesmo que com a sua anuência, estará cometendo, objetivamente, um delito mais grave do que matar alguém, uma vez que na primeira hipótese, a pena atribuída é de oito a 15 anos de prisão, enquanto que a pena do condenado por homicídio simples é de seis a 12 anos de prisão.

Em semelhante observação, o procurador do Ministério Público no Rio de Janeiro, Artur Gueiros, se posiciona no sentido de que esta parte da reforma, que modificou a ação penal, atinente aos casos como o de estupro com lesões graves, atentou contra a dignidade humana, garantida na Constituição Federal, uma vez que afronta flagrantemente a dignidade sexual. Assim sendo, a pretensão de se exigir representação para o estupro qualificado, deveras, infundada.

Em assentimento a esta mesma vertente, atualmente, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, despachada no dia 07 de outubro de 2009, debelando a seguinte matéria:

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra a redação dada ao art. 225 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que teria ofendido os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado. Tendo em vista a relevância da matéria e seu especial significado para a segurança jurídica, adoto o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999. Solicitem-se informações definitivas à autoridade requerida, no prazo de dez dias. Com as informações, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Publique-se.

O objeto da mencionada ADIN vem reforçar manifestamente os argumentos que, já vinham sendo debelados através das considerações e dos comentários firmados pelos juristas e estudiosos da matéria.

Outro ponto controverso reside no fato que, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, esta novel legislação penal retroagirá em benefício do réu, e, conseqüentemente, as vítimas de casos (anteriores ao advento da lei) em que a ação penal não era condicionada à representação, terão de manifestar a vontade de que a ação prossiga. Nesta situação deverão manifestar-se no prazo decadencial (na prática, alguns juízes atribuem 6 meses) a partir do momento em que a lei entrou em vigor, não o fazendo, tempestivamente, perder-se-á o referido direito. Sobre o prazo decadencial, Rangel (2009, p.304) dispõe:

Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida ~~estará~~ a representação. Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da Lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar. Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias.

Finalmente, o que se discute é o modo como esta novel legislação revelou-se, por um lado, sólida, ao extinguir a ação penal privada, e por outro lado branda, quando em relação aos delitos mais graves.

5 CONCLUSÃO

O enfoque social sempre patenteou-se como instrumento imperioso no desenvolvimento dos ideais propulsores do aperfeiçoamento normativo. As regras de conduta social servem, muitas vezes, de alavanque às inovações legislativas necessárias ao perfeito amoldamento dos anseios sociais à vontade e dever estatal. A estrutura normativa referente aos crimes sexuais perfez, ao longo dos anos, uma trajetória de inúmeras mutações, sem as quais não se teria alcançado uma estrutura como a atual, mais sólida e justa.

Os delitos sexuais sempre tiveram um tratamento, deveras, diferenciado, por debelar um caráter mais repugnante e arrebatador em relação aos demais crimes. A sociedade, inicialmente, ocupou-se no papel de equilibrar as relações cotidianas por meio dos costumes estabelecidos pela própria vivência coletiva e, desta forma, reprimiam as condutas delituosas com seus próprios paradigmas. Pouco a pouco, o Estado revelou seu alento e surgiu como detentor do monopólio da justiça, em favor do anteparo aos direitos de todos os indivíduos.

Antes da formação do Estado, detentor do *jus puniendi*, o crime era reprimido através da autotutela ou por meio de mecanismos ineficazes e que não refletiam o verdadeiro propósito das penalidades atribuídas ao infrator. Esse cenário deu lugar a um sistema equitativo e abalizado por normas aprimoradas, instituídas por representantes do povo.

Para garantir o ajustamento das normas aos padrões estabelecidos pela sociedade, o direito penal sempre esteve em constante progresso. A legislação penal brasileira, estabelecida inicialmente através das compilações portuguesas, auferiu distintas alterações ao longo do tempo, tendo se fincado, por último, no Decreto 2848/40, o atual Código Penal brasileiro, que, assim como as relações sociais, suporta constantes transformações.

Recentemente, a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 veio mudar, consideravelmente, o cenário dos crimes sexuais, mais intensamente nos crimes de estupro, desígnio deste estudo.

A lei em comento cingiu o panorama dos delitos sexuais, que há algum tempo não apanhava transformação de caráter tão abrangente e significativo. Tal mudança deu início a um embate doutrinal sobre os erros e acertos legislativos ocasionados pela reforma.

O crime de estupro, acompanhando os modelos internacionais do direito penal, unificou-se ao crime de atentado violento ao pudor, quebrando as barreiras que separavam as condutas de conjunção carnal e outros atos libidinosos. Não há como negar que tal alteração veio atender a uma patente necessidade que há tempo manifestava-se no universo jurídico. Esta novel lei instituiu, ainda, o novo tipo penal de estupro de vulnerável, que emprega uma

penalidade mais gravosa aos que perpetrem a conduta definida no tipo penal contra menor de 14 anos ou, ainda, contra quem, por enfermidade ou doença mental, não possua o discernimento necessário para tal ato ou contra ele não possa oferecer resistência. Em relação a esta parte das mudanças, incididas no Código Penal brasileiro, pôde-se observar um assentimento tácito por parte dos estudiosos do assunto, uma vez que não houve um manifesto dissenso acerca destes pontos.

Todavia, no que concerne às mudanças ocorridas na ação penal empregada a estes crimes, após as inovações da lei, não se pode dizer o mesmo. Ressalta-se, que a extinção da possibilidade de interposição da ação penal privada, nestes crimes, acarretou uma celeuma doutrinária, que divide-se em duas vertentes: de um lado protege-se a ação penal privada, como uma forma de preservar a vontade e intimidade do ofendido, em proteção aos direitos e garantias da vítima, abalizados pela Constituição Federal do Brasil; de outro lado, defende-se que, com a cominação da ação penal pública condicionada a estes crimes, a lei não deixa de lado a atenção e anteparo aos direitos e garantias de proteção a intimidade da vítima, uma vez que, através deste instituto, o ofendido tem a propriedade de escolha de iniciar ou não a ação penal, através do oferecimento da representação. Esta última posição é, de fato, a mais lógica e coerente, sendo, outrossim, a que abrange uma maior aceitação doutrinária.

Assim como normalmente acontece em todas as grandes mudanças, alguns pontos da reforma não obtiveram o êxito que se almejava alcançar. Considera-se que, uma das questões eivadas de um certo “deslize” do legislador, reside no fato de ele ter “desamparado”, de certa forma, o crime de estupro na sua forma qualificada. Esta contenda partiu da análise de que, sendo o crime de estupro de vulnerável um delito de potencial ofensivo inferior ao crime de estupro qualificado (com resultado morte ou lesão corporal grave), não se torna justo atribuir a ação penal pública incondicionada àqueles enquanto que a estes, não mais abrangendo a validade da Súmula 608 do STF, atribui-se a ação penal pública condicionada.

Ao que se percebe, que a redação dada ao dispositivo constante no artigo 225 do Código Penal, pela novel lei, contrapõe o princípio proporcionalidade, e, por conseguinte, vai contra os preceitos protegidos pela Carta Magna. Por esta razão, torna-se coerente a ADIN proposta pelo Procurador-Geral da República contra o dispositivo mencionado.

Destarte, conclui-se que a Lei 12.015/09 trouxe consideráveis mudanças ao Título VI do Código Penal. Advirta-se, contudo, que não se pode criticar a referida norma como um todo, uma vez que ela era imperiosa ao progresso legislativo penal. Entretanto, o que se pode atentar é que existem alguns dispositivos que merecem auferir um aperfeiçoamento, para que, deste modo, sejam alcançados os objetivos basilares do Estado.

É cogente enfatizar a necessidade que o mundo jurídico possui de adequar-se constantemente aos padrões aportados pelos avanços sociais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Ilídia Piairo de. **Delitos Sexuais**. Elaborado em 2005. Disponível em: <<http://www.psicologia.com.pt/artigos/textos/TL0042.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2010.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09**. Elaborado em dez. 2009. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14051>>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal - Parte geral**, Vol 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Crimes contra a dignidade sexual para concursos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2010.
- _____. Código Penal de 1890. **Decreto Nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/DEC20a.html>. Acesso em: 04 mar. 2010.
- _____. Código Penal. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2010.
- _____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei Nº 3.689 de 3 outubro de 1941**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2010.
- _____. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata da corrupção de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília/DF, 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 08 nov. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4301/DF**: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de distribuição: 18

set. 2009. Acompanhamento processual disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3758530>>.
Acesso em 23 mai. 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual**. Publicado na Revista Jus Vigilantibus em: 8 de setembro de 2009. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41751>>. Acesso em: 01 mai. 2010.

CAMPIOTTO, Roseane Cima. **Ação penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte geral**. Volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal - Parte especial**, Volume 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. Volume 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais, com feição instituída pela lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal - Parte especial**, Volume III, 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUEIROS, Artur. Ministério Público Federal, Procuradoria Geral da República 2ª Região. **Entrevista com procurador Artur Gueiros**. Fonte: Terra Magazine, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www2.prr2.mpf.gov.br:8082/internet/noticias/entrevista-dr-artur-gueiros-estuprador-pode-passar-carnaval-na-rua>>. Acesso em 01 mai. 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito penal - Parte especial**, 3º Volume, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**. 1º vol. 6. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1979.

MELLO, Dirceu de. O costume no direito brasileiro. **Revista Justitia**, Nº 197, São Paulo: 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte geral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal - Parte especial**. Volume II . 25. Ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTUGAL, Código Penal. **Código Penal Português**. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPENAL.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. **ORDENAÇÕES FILIPINAS**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1168.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e bem jurídico: A ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal**. Disponível em:

<<http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos.../artigolenio.doc>>. Acesso em: 25 abr. 2010.