

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO CERRADO
PATROCÍNIO
Graduação em Direito

DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL: Estupro com resultado morte

Ingra Campos Fonseca Vieira Casagrande

PATROCÍNIO - MG
2017

INGRA CAMPOS FONSECA VIEIRA CASAGRANDE

**DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL: Estupro com resultado morte**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
pelo Centro Universitário do Cerrado -
Patrocínio.

Orientador: Esp. Julierme Rosa de Oliveira



Centro Universitário do Cerrado Patrocínio
Curso de Graduação em Direito

Trabalho de conclusão de curso intitulado *“Da natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: estupro com resultado morte”*, de autoria da graduanda Ingra Campos Fonseca Vieira Casagrande, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Esp. Julierme Rosa de Oliveira– Orientador

Instituição: UNICERP

Prof.

Instituição: UNICERP

Prof.

Instituição: UNICERP

Data de aprovação: ____/12/2017

Patrocínio, _____ de Dezembro de 2017

DEDICO este estudo à minha família, que me incentivou e esteve presente em todos os momentos em que precisei; em especial à minha mãe que participou de cada etapa ao longo destes cinco anos. Dedico ainda aos meus amigos, que me acompanharam e dispuseram de toda a sua paciência e carinho comigo durante o curso, dentro e fora das salas de aula.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, Nossa Senhora e Santo Expedito, sem os quais não teria conseguido sequer iniciar essa jornada.

À minha família por todo o apoio, paciência, dedicação, compreensão e amor que me dedicam, inclusive aos meus avós e tias por todas as orações. Agradeço aos meus primos por me escutarem e por me aconselharem também.

Agradeço, ainda, aos meus amigos, Gabriel, Isaías, Laura e Phablo, por todo o apoio e por fazerem mais leves esses cinco anos da minha vida.

Ao meu orientador, professor, mentor e amigo querido Julierme Rosa, pela atenção, paciência, dedicação, carinho, amizade, pelas risadas e por acreditar sempre em meu potencial. Agradeço ainda pela brilhante orientação e a contribuição para meu crescimento profissional, acadêmico e pessoal.

Estupro é um dos crimes mais terríveis da Terra. O problema dos grupos que lidam com o estupro é que eles tentam ensinar as mulheres como se defenderem. Enquanto que o que precisa ser feito é ensinar aos homens a não estuprarem.

Kurt Cobain

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade discorrer acerca da natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, especificamente, no que tange à figura qualificada do delito de estupro, disposta a teor do § 2º do art. 213 do Código Penal, qual seja, o estupro com resultado morte. Não obstante, ressalta a discussão a respeito da utilização do art. 225 do aludido *códex* legal nas mencionadas figuras, salientando-se ainda as consequências decorrentes de tal emprego. Com o advento da lei 12.015/09, a qual altera a parte especial do Código Penal, em especial o capítulo referente aos crimes contra a dignidade sexual, a ação penal passa a ter sua natureza – regra geral – pública condicionada à representação do ofendido, com exceção dos casos em que tais crimes forem praticados em desfavor de vítimas menores de 18 (dezoito) anos ou vulneráveis. Faz-se ainda um assentamento no tocante aos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal, no intuito de demonstrar aqueles que foram desrespeitados com o advento da supradita legislação. Examina-se também a aplicabilidade do art. 101 do Código Penal, em consonância com a Súmula 608 do STF, visando dirimir um conflito aparente de normas, bem como beneficiar a situação das vítimas dos delitos contrários à dignidade sexual. Enfim, busca-se demonstrar, com base nos direitos fundamentais dos seres humanos – os quais são evidentemente desrespeitados pela atual legislação, as benesses consequentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4301, apresentada pelo Procurador Geral da República, a qual visa a inconstitucionalidade do art. 225 do Código Penal.

Palavras-chave: Estupro. Ação Penal. Súmula. Morte. Crimes Complexos.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CP	Código Penal
PGR	Procurador Geral da República

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DA AÇÃO PENAL E DOS CRIMES COMPLEXOS.....	10
2.1	Da ação penal – Breves considerações.....	10
2.2	Dos crimes complexos.....	12
2.3	Da natureza da ação penal nos crimes complexos.....	12
3	DO ESTUPRO.....	14
3.1	Do estupro como crime complexo.....	14
3.2	Liberdade sexual - Conceituação.....	15
3.3	Conceito de estupro – Paralelo entre a inserção da Lei 12.015/09 no ordenamento jurídico e o período que a precedeu.....	15
3.4	Da prática de conjunção carnal acrescida de outros atos libidinosos – Unidade ou pluralidade.....	18
3.5	Dos crimes qualificados pelo resultado.....	20
3.6	Do elemento subjetivo do delito de estupro em suas modalidades qualificadas por lesões corporais de natureza grave e estupro qualificado pela morte da vítima.....	21
3.7	Da diferenciação entre o crime de estupro e a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor.....	23
3.8	Da palavra da vítima como meio de prova nos delitos contra a dignidade sexual.....	25
4	DOS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS.....	27
4.1	Princípio da proporcionalidade.....	27
4.2	Princípio da proibição da proteção deficiente.....	29
4.3	Princípio da proibição ao retrocesso.....	29
4.4	Princípio da interpretação conforme a Constituição Federal.....	30
4.5	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	31
5	DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – ESTUPRO COM RESULTADO MORTE.....	33
6	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O Direito, em sentido amplo, tem como características marcantes a mutabilidade e a evolução, constantemente interligadas às mudanças ocorridas na sociedade, uma vez que à medida em que esta é alterada, faz-se necessário que o Direito evolua conjuntamente, no intuito de abranger as modificações ocorridas e adaptar-se a elas, amparando-se assim os cidadãos, na medida de suas necessidades.

Embora o século XX tenha significado o marco inicial de diversas transformações socioculturais para as mulheres, pode-se dizer que a sociedade ainda carecia de reconsiderar seus ideais conservadores e machistas. Características as quais refletiam diretamente no Código Penal, especialmente em seu capítulo referente aos “Crimes contra os Costumes”. O título VI do Decreto-lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, demonstrava de forma clara o enfoque da proteção estatal, a qual baseava-se nos comportamentos sexuais das pessoas perante a coletividade, pouco importando-se com a liberdade ou a dignidade sexual das vítimas.

O século que se sobrepôs, por sua vez, clamava por respostas efetivas quanto aos avanços sociais, econômicos, políticos e culturais alcançados no país, motivo pelo qual o Direito foi obrigado a adequar-se, buscando recepcionar tais alterações.

No âmbito penal, a mais importante transformação deu-se com o advento da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, a qual alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, passando a denominá-lo “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, enfocando assim a proteção, na liberdade e no consentimento dos indivíduos quanto às suas escolhas sexuais. Desta maneira, compreende-se que a modificação legislativa ampliou profundamente a esfera da proteção estatal.

O direito à vida, à integridade física e à liberdade sexual são direitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal.

As modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal, mitigaram tais direitos, ao determinar que a natureza da ação penal nos delitos de estupro qualificado por lesão corporal grave e morte, dependerá da representação do ofendido para que seja oferecida a denúncia por parte do Ministério Público.

Sendo assim, é manifesto o dissenso entre a doutrina e a jurisprudência, as quais divergem-se no tocante à aplicação do art. 225 – alterado pela referida Lei – e do art. 101, ambos do Código Penal, sendo no último, empregada a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista o que foi apontado, o presente trabalho tem como intuito, trazer a divergência aludida, com enfoque no crime previsto ao teor do art. 213, §2º do Código Penal (estupro qualificado pelo resultado morte), uma vez que a intenção primária do legislador consistia no agravamento da condição dos agentes delituosos que incorrem na prática de aludido delito, tendo contudo, beneficiando-os; circunstância esta a qual vem gerando os conflitos que serão explanados a seguir.

2 DA AÇÃO PENAL E DOS CRIMES COMPLEXOS

2.1 Da ação penal – Breves considerações

Nas palavras de Cleber Masson (2014, p.757), a ação penal define-se como “direito de exigir do Estado a aplicação do direito penal objetivo em face do indivíduo envolvido em um fato tipificado em lei como infração penal.”, isto é, pode ser brevemente entendida como o direito do particular – ou ainda do Representante do Ministério Público na função binária de acusador e *custos legis*, visando o interesse social - de pleitear perante o Estado que este aplique o direito penal material, com o fito de solucionar os conflitos existentes na sociedade, buscando a reparação de um direito violado. O Estado, por sua vez, possui o múnus de intervir em tais situações, uma vez que restou superado o instituto da vingança privada, amplamente difundido no Século XVIII.

Importante citar também a conceituação dada pelo jurista Guilherme Nucci (2014, p.925-926) – no intuito de dissipar quaisquer imprecisões que possam ter restado da explanação anterior -, o qual preceitua que a “ação penal pode ser conceituada como o direito de agir exercido perante juízes e tribunais, invocando a prestação jurisdicional, que, na esfera criminal, é a existência da pretensão punitiva do Estado”.

Resguardado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, o direito de ação, embora revele conexão, não confunde-se com o direito à punição, posto que a primeira consiste em um direito individual, e a segunda, consequentemente em um direito punitivo estatal, que decorre da ocorrência de um crime.

Quanto à classificação de sua natureza, a ação penal divide-se em: pública (art. 100, *caput*, do Código Penal) e privada (art. 100, §2º, do mesmo diploma legal), alterando-se de acordo com o possuidor da legitimidade para propô-la.

A ação penal de natureza pública, que deverá ser proposta obrigatoriamente pelo Representante do Ministério Público (art. 100, §1º do Código Penal) – salvo nos casos de inércia do *Parquet* -, subdivide-se em ação penal pública incondicionada (regra geral) e ação penal pública condicionada. No primeiro caso, o membro do Ministério Público não depende da manifestação de vontade da vítima – ou de seu representante legal – para intentar a ação. No segundo, por sua vez, a legitimidade continua sendo do Ministério Público, necessitando este, no entanto, da representação da vítima – ou de seu representante legal, ou ainda da requisição do Ministro da Justiça – para a propositura da ação, sendo esta, condição de procedibilidade, isto é, caso não esteja satisfeito tal requisito, a ação não poderá ser instaurada.

Não obstante, salienta-se que nos crimes em que faz-se imprescindível a representação do ofendido, o inquérito policial não poderá ser instaurado pela autoridade competente sem a mesma.

A ação penal privada, fragmentada em ação de exclusiva iniciativa privada (ou propriamente dita), ação penal privada subsidiária da pública e personalíssima (a

última pouco abordada por grande parte dos penalistas) é de iniciativa do particular – isto é, a vítima ou quem tenha qualidade para representá-la - por meio da denominada *queixa-crime*. Conforme se denota, a primeira delas é autoexplicativa, a segunda, amparada constitucionalmente (art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal), faz-se necessária ante a inércia do Ministério Público, o qual possuirá legitimidade para retomá-la a qualquer momento do processo, caso haja negligência por parte do querelante (art. 29, do Código de Processo Penal). A ação penal de natureza privada personalíssima, somente poderá ser intentada pela vítima, abrangendo atualmente, somente o art. 236, do Código Penal, uma vez que o crime de adultério, tipificado ao teor do art. 240 do aludido códex legal não mais subsiste.

2.2 Dos crimes complexos

Preliminarmente, faz-se necessária apertada síntese a respeito dos chamados crimes complexos, os quais definem-se, nas palavras de Guilherme Nucci (2014, p.930) como: “aqueles compostos de dois ou mais tipos penais”, o que em termos claros, pode ser entendido como a fusão de dois ou mais tipos penais em um único tipo.

Pode-se citar como exemplo o delito de roubo (art. 157, do Código Penal), que nada mais é do que o crime de furto (art. 155, do Código Penal) acrescido do crime de lesão corporal (art. 129, do Código Penal) e/ou ameaça (art. 147, do Código Penal) e/ou constrangimento ilegal (art. 146, do Código Penal - consoante vem assimilando parte da doutrina atual).

2.3 Da natureza da ação penal nos crimes complexos

Conforme depreende-se do art. 101, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em

relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

O supramencionado artigo dispõe que a ação penal nos crimes complexos será regida pelo delito em que couber a ação de natureza pública incondicionada, isto é, tomando como exemplo o crime citado linhas volvidas, qual seja, o roubo (furto + lesão corporal ou ameaça ou constrangimento ilegal), pode-se afirmar que a ação penal será, neste caso, de natureza pública incondicionada, vez que “acompanhará” o delito tipificado ao teor do art. 155, do Código Penal, o qual é de referida natureza.

Vale ressaltar as duras críticas sofridas pelo art. 101 do Código Penal, o qual divide a doutrina. De um lado, pode-se citar grandes nomes do Direito Penal, como Guilherme Nucci e Cezar Roberto Bitencourt, os quais defendem a relevância do mencionado artigo. Não obstante, juristas igualmente renomados, como Rogério Greco, Júlio Fabbrini Mirabete e Cléber Masson não economizam críticas quanto à inocuidade de tal dispositivo legal.

No que tange aos crimes complexos, estes dividem-se em crimes complexos em sentido amplo e em sentido estrito. Formado pela união de um crime com um fato que, por si só, seria penalmente irrelevante ao Direito Penal, o crime complexo em sentido amplo exemplifica-se nitidamente na denúncia caluniosa – prevista no art. 339 do Código Penal.

Quanto ao crime complexo em sentido estrito, vale mencionar como exemplo, mais uma vez, o delito de roubo, o qual estrutura-se pela união do delito de furto com o delito de lesão corporal ou ameaça ou constrangimento ilegal. Conforme é possível denotar-se, neste último há a fusão de dois tipos penais. Há que se fazer referência ainda ao crime de estupro simples (constrangimento ilegal + prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso) e qualificado (estupro + lesões corporais graves e estupro + homicídio), como crimes complexos, os quais serão explanados de maneira detalhada no capítulo que se segue.

3 DO ESTUPRO

3.1 Do estupro como crime complexo:

O delito tipificado ao teor do art. 213 do Código Penal vem gerando grande repercussão quanto à sua classificação em crime complexo em sentido amplo ou complexo em sentido estrito. Não há um consenso doutrinário, o que faz com que duas correntes tenham sido formadas.

Parte dos juristas afirma que a forma simples do delito de estupro, consiste em crime complexo em sentido amplo, o que afastaria a utilização do art. 101, utilizando-se por outro lado o art. 225, ambos do Código Penal para delimitar a natureza de sua ação penal, isto é, ao delito caberia ação penal pública condicionada à representação do ofendido, conforme preleciona este artigo, *in verbis* “nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”.

Outra parte da doutrina afirma ser o delito de natureza complexa – ainda que em sentido amplo - o que ensejaria a observação do art. 101 do Código Penal para definir a natureza de sua ação penal (a qual seria então, pública incondicionada à representação do ofendido).

Não obstante, note-se que quanto às modalidades qualificadas do estupro – estupro qualificado por lesões corporais graves e estupro com resultado morte, descritos ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º – há uma omissão por parte do legislador, o que, em contrapartida poderia ser facilmente resolvido com a aplicação do art. 101 do Código Penal, uma vez que não há dúvidas quanto à sua natureza de crime complexo em sentido estrito, posto que apresenta claramente a fusão de dois tipos penais em um único delito (estupro + lesões corporais graves e estupro + homicídio).

3.2 Liberdade sexual – conceituação

Antes de tratar a respeito da inserção da Lei 12.015/09 no contexto jurídico penal, necessária se faz uma citação do renomado jurista Cleber Masson ao conceito de liberdade sexual, a qual não encontrava amparo no Código Penal anterior à consagração da mencionada legislação no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Masson (2014, p.1.470), a liberdade sexual consiste em um:

[...] direito inerente a todo ser humano de dispor do próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que reputar adequado, sem qualquer tipo de violência ou grave ameaça.

Posto isso, eis que restou explanada a conceituação deste direito fundamental (resguardado pela Constituição Federal de 88, tanto em seu preâmbulo, quanto no rol dos direitos fundamentais, descritos ao teor do art. 5º), o qual será amplamente mencionado no presente trabalho.

3.3 Conceito de estupro – paralelo entre a inserção da lei 12.015/09 no ordenamento jurídico e o período que a precedeu

Atesta-se que a legislação anterior à Lei nº 12.015/09 disciplinava duas formas de crimes sexuais, os quais eram cometidos com o emprego de violência e grave ameaça, sendo eles o estupro e o atentado violento ao pudor.

O conceito de estupro, conforme revela o Código Penal, artigo 213, anteriormente às mudanças sofridas, dava-se por “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

No tipo penal citado alhures, a proteção do Estado fixava-se tão somente em resguardar as mulheres contra a prática da conjunção carnal - que pode ser definida

como a introdução total ou parcial do pênis na cavidade vaginal, vez que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o critério restritivo - contrária à sua vontade. Denota-se de forma clara, que os homens não eram amparados pela figura típica em comento, sendo protegidos, entretanto, pelo “extinto” art. 214 do Código Penal (anterior às modificações), isto é, o atentado violento ao pudor, o qual abrangia qualquer espécie de constrangimento ilegal com o intuito de satisfazer a lascívia, fosse este praticado contra mulheres ou homens, e ainda, utilizando-se de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Entretanto, a Lei 12.015/09 trouxe à legislação penal, com o emprego do Princípio da Continuidade Normativo-Típica, uma nova definição do delito de estupro (ainda tipificado ao teor do art. 213), o qual passou a englobar o crime de atentado violento ao pudor, fundindo-se os dois tipos penais e alterando sua redação para “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Segundo o que foi habilmente exposto pelo doutrinador Cleber Masson (2014), não há falar-se em *abolitio criminis* no que tange a figura do atentado violento ao pudor (anteriormente elencado ao teor do art. 214 do Código Penal), uma vez que tal conduta não foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro. No instituto da *abolitio criminis*, há a revogação formal do tipo penal, com a consequente supressão material do fato criminoso, o que, por conseguinte, faz com que a conduta deixe de ser típica (um exemplo pertinente se dá pelo crime de adultério, o qual era disposto ao teor do art. 240 do Código Penal).

Por outro lado, no Princípio da Continuidade Normativo-Típica – como é o caso em apreço – ainda que haja uma revogação formal do tipo penal, não há, por outro lado, a supressão material do fato criminoso, mas sim, um deslocamento deste para outro tipo penal. Posto isso, não haverá a descriminalização da conduta.

Sendo assim, a figura típica do estupro sofreu uma ampliação, passando a amparar não somente o gênero feminino, como todos os demais indivíduos, de maneira geral, quer por sua primeira parte referente à conjunção carnal, abrangendo as relações

heterossexuais, quer pela segunda, que diz respeito aos atos libidinosos e abarca tanto as relações heterossexuais quanto homossexuais.

Outro tópico relevante nas alterações acarretadas pela Lei 12.015/09, ainda no que diz respeito à consequente ampliação de seu rol protetivo, foi o acolhimento das prostitutas - e prostitutos - como vítimas do delito em apreço. No passado, tendo em vista a sociedade misógina e fortemente marcada por preconceitos e machismos, somente as mulheres vistas como honestas eram dignas da proteção estatal.

Atualmente, entretanto, o Código Penal deixou de lado tal conservadorismo, e embora o grande jurista Nucci (2014) tenha uma posição um tanto quanto pessimista em relação a esta controvérsia – asseverando ser dificilmente comprovado nos casos do *caput* do art. 213 do Código Penal, uma vez que quando houver dúvidas no tocante ao cometimento de infração penal, deve-se fazer valer do *in dubio pro reo*, bem como do *status libertatis*, decidindo-se sempre em favor deste – pode-se afirmar com segurança que a mencionada parcela da sociedade, finalmente teve sua liberdade/dignidade sexual resguardadas, posto que, à despeito da supracitada proteção ofertada ao réu, vale dizer que o delito de estupro, por ser praticado na clandestinidade, denota maior proteção às palavras da vítima, podendo inclusive haver a “condenação do estuprador [...] baseada exclusivamente na palavra da vítima, quando ausentes outras provas seguras da autoria e da materialidade do fato criminoso.”, de acordo com o entendimento majoritário, do qual corrobora Cleber Masson (2014, p.1.483).

Em outro sentido, vale dizer que não houve a *abolitio criminis* no tocante à figura do “atentado violento ao pudor”, visto que sua conduta não foi abolida da legislação penal, havendo tão somente sua revogação formal, posto que passou a compor também o núcleo do art. 213 do Código Penal, subsistindo-se como fato criminoso.

Acerca da violência que configura o delito previsto no art. 213 do Código Penal, destaca-se que as vias de fato, assim como as lesões corporais leves enquadram-se no estupro simples (com previsão no *caput* de tal artigo), visto que são previsivelmente utilizadas pelo agente delituoso, quando da prática do mencionado ilícito penal. No que diz respeito à ameaça, também caracterizadora de tal delito, poderá ser

empregada em desfavor da vítima ou de terceiros, com os quais esta tenha algum tipo de ligação, devendo portanto, causar um profundo medo na vítima.

3.4 Da prática da conjunção carnal acrescida de outros atos libidinosos – unidade ou pluralidade de crimes

Há na doutrina um dissenso no que concerne à unidade ou pluralidade de crimes quando o agente delituoso constrange a vítima a praticar – ou permitir que com ela se pratique – conjunção carnal acrescida de atos libidinosos. Em virtude desta controvérsia, duas posições antagônicas formaram-se no contexto jurídico atual.

De um lado – posição que se coaduna com o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - há a afirmação de que quando o agente constranger a mesma vítima em um mesmo contexto fático, restará caracterizado um único crime de estupro à despeito de haver praticado conjunção carnal e outros atos libidinosos. Assevera-se que o art. 213 do Código Penal faz menção a um tipo misto alternativo, havendo no caso mencionado um crime único. No entanto, caso o fato delituoso ocorra em diferentes contextos fáticos, haverá mais de um estupro, devendo o agente ser responsabilizado em concurso material (art. 69, do Código Penal) ou ainda, consoante preceitua o art. 71 do mesmo diploma legal – continuidade delitiva.

Necessário salientar que, ainda que as condutas previstas no art. 213 do Código Penal sejam consideradas como um tipo misto alternativo – consoante entendimento majoritário – a pluralidade de atos praticados deverá sobreponderar no momento da dosagem da pena, incorrendo em um prejuízo ao agente nas circunstâncias judiciais, as quais serão tomadas como desfavoráveis (art. 59, *caput*, do aludido diploma legal), posição esta, a qual é demonstrada claramente na obra do doutrinador Damásio de Jesus(2013).

Com base nos fundamentos pelo qual a Lei 12.015/09 foi criada, isto é, maior rigidez no tratamento aos delitos contra a liberdade/dignidade sexual, a 2ª corrente doutrinária – adotada pela 5ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça - afirma que

reconhecer um crime único no caso citado linhas volvidas, seria ofender os princípios da proporcionalidade e da isonomia, vez que as condutas práticas (constrangimento à conjunção carnal + constrangimento à prática de atos libidinosos) não confundem-se, havendo condutas autônomas, as quais ensejam a existência de mais de um dolo.

Posto isso, restaria caracterizado o concurso de crimes, tratando-se o art. 213 de um tipo misto cumulativo, podendo ainda ser reconhecido em desfavor do agente, o concurso material ou o crime continuado, dependendo do *modus operandi* empregado no caso concreto.

Rogério Sanches (2010), embora faça menção em sua obra, aos benefícios gerados pela referida alteração legislativa - com relação à esta dubiedade - posiciona-se de acordo com o entendimento da 6ª Turma do STJ, assim como Guilherme Nucci.

O Supremo Tribunal Federal restou omissa no que tange à discussão em apreço, porém, a doutrina e jurisprudências dominantes – em detrimento de ser mais benéfica aos agentes delituosos que incorrem na prática do delito de estupro – adotam a teoria que afirma ser o crime previsto no art. 213 do Código Penal, um tipo misto alternativo, isto é, nas judiciosas palavras de Cleber Masson (2014, p.168):

No **tipo misto alternativo**, a lei penal descreve duas ou mais condutas como hipóteses de realização de um mesmo crime, de maneira que a prática sucessiva dos diversos núcleos contra o mesmo objeto material caracteriza um único delito. (grifo original)

Oportuno faz-se o exemplo do tráfico de entorpecentes, o qual preceitua em seu tipo penal (art. 33 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006) diferentes condutas, as quais culminam em um único delito – se praticadas no mesmo contexto fático – independente do agente delituoso realizar uma ou todas elas.

3.5 Dos crimes qualificados pelo resultado:

Os crimes qualificados pelo resultado caracterizam-se como aqueles que possuem um fato-base, sendo este definido e até mesmo apenado na legislação, entretanto, possuem ainda a ocorrência de um episódio qualificador, o qual majora sua pena. Deve existir entre o fato-base e o evento qualificador, uma relação de ordem física e subjetiva. “Física, por guardar vínculo de causa e efeito com a primeira, e subjetiva, por referir-se ao mesmo agente”, de acordo com as lições de Cleber Masson (2014, p.277).

Mencionados crimes subdividem-se nas seguintes espécies, de acordo com seu elemento subjetivo: 1- Dolo na conduta antecedente, bem como no resultado agravador; dolo na conduta antecedente e culpa no resultado – comumente conhecido como delito preterdoloso ou preterintencional - culpa na conduta antecedente e no resultado que agrava a pena e culpa na conduta antecedente com dolo na subsequente. Este último tipo não encontra aprovação perante toda a doutrina. Nucci (2014), por exemplo, assevera ser um contrassenso admitir que o agente não tenha a intenção de provocar o fato-base, mas por outro lado, venha a desejar o resultado agravador.

Os delitos tipificados ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º, por sua vez, podem ser definidos como delitos preterdolosos ou preterintencionais, conforme será demonstrado no capítulo que se segue.

3.6 Do elemento subjetivo do delito de estupro em suas modalidades qualificadas: estupro qualificado por lesões corporais de natureza grave e estupro qualificado pela morte da vítima

O elemento subjetivo do estupro simples é o dolo. Porém, em suas modalidades qualificadas (estupro qualificado por lesões corporais de natureza grave e estupro com resultado morte – art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal) há que se ressaltar as posições contrárias na doutrina.

Conforme denotam-se das obras de Cleber Masson (2014), Rogério Greco (2013) e Rogério Sanches (2010) – vale dizer que esta é a posição majoritária na doutrina - é possível conceituar as formas qualificadas do estupro como delitos de natureza preterdolosa, isto é, embora haja o dolo na conduta de constranger a vítima – por meio de violência ou grave ameaça – a praticar ou permitir que com esta pratique-se conjunção carnal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal, visando a satisfação da lascívia do estuprador, este último não pode desejar (ou assumir o risco) no que tange às lesões corporais graves ou mesmo à morte da vítima.

Nas palavras do mencionado jurista – Masson -, bem como nas de Luiz Regis Prado(2010) (com as quais corroboram grande parte da doutrina), caso o agente delituoso possua dolo – quer seja eventual, quer seja direto – no resultado agravador, deverão ser afastadas as qualificadoras constantes ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal, devendo este ser responsabilizado penalmente por concurso material entre os delitos de estupro (simples ou qualificado pela idade da vítima) e lesão corporal de natureza grave ou gravíssima (129, §§1º e 2º, do Código Penal) ou homicídio (art. 121, do Código Penal).

O criminalista Cezar Roberto Bitencourt (2012) faz consideráveis observações acerca do tema, afirmando que em virtude das mudanças trazidas pela Lei 12.015/09, caso venha a ser reconhecido o concurso de crimes (no estupro seguido de lesão corporal grave e/ou morte da vítima), em virtude de se afastar a natureza preterdolosa do estupro qualificado, haverá uma proteção ao réu, visto que as penas serão inferiores quando houver dolo na conduta e no resultado de tal delito. Tomando como base o

princípio da razoabilidade, ainda que o resultado agravador decorra de dolo – seja ele direto ou eventual - deve-se reconhecê-lo a título de culpa, vez que haverá um maior amparo da vítima desta forma.

Nucci (2014), por sua vez, afirma que a forma qualificada do delito de estupro pode ocorrer por meio de dolo ou culpa no que tange ao resultado agravador, ressalvando-se que o estupro em si – simples - é sempre marcado pelo dolo como elemento subjetivo. Sendo assim, na visão deste, as lesões corporais graves e a morte podem ser tanto dolosas – isto é, pressupondo a vontade do agente, no dolo direto, ou ainda, assumindo-se o risco para a ocorrência de tais resultados no caso do dolo eventual – quanto culposas, ou seja, contrárias à vontade do agente. O jurista faz menção ainda - posição com a qual Masson e Luiz Regis Prado concordam - aos casos em que o agente delituoso incorre na tentativa no crime de estupro, porém, consuma as lesões graves ou a morte, impetradas em desfavor da vítima, asseverando que deve ser empregada a Súmula 610, do STF, referente aos crimes de latrocínio, a qual preceitua que “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”.

Isto é, haverá a consumação do delito de estupro em sua modalidade qualificada pelo resultado, ainda que o delito sexual tenha restado em sua forma tentada. Visando uma maior proteção às vítimas destes delitos, mencionada corrente justifica-se ao afirmar que, caso fosse reconhecida a tentativa em favor do agente delituoso, sua pena seria inferior à pena cominada ao delito de lesão corporal seguida de morte.

Embora seja esta a posição majoritária perante a doutrina, há ainda uma outra corrente, com a qual Rogério Greco (2014, p.665) corrobora, asseverando que “[...] o delito sexual permaneceu tentado. Se não se consumou, como posso entendê-lo consumado, afastando-se a possibilidade do reconhecimento da tentativa?”.

De maneira extremamente garantista, Greco diz que as falhas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, não podem ser utilizadas com o intuito de prejudicar o agente.

Faz-se necessário menção ainda à redação do art. 19 do Código Penal, *in verbis* “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Destarte, denota-se que o aludido artigo foi criado, com o propósito de extinguir a responsabilidade penal objetiva, vez que assevera que, caso o resultado agravador advenha de caso fortuito ou força maior, não haverá que se falar em responsabilização do agente pelas formas qualificadas, tendo em vista que este sequer pôde prevêê-las.

Posto isso, eis que resta evidenciada a característica preterdolosa dos delitos de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave e estupro qualificado pelo resultado morte da vítima.

3.7 Da diferenciação entre o crime de estupro e a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor

Tendo em vista a polêmica ocorrida há pouco no âmbito jurídico, no Estado de São Paulo - onde uma mulher, em horário comercial, indo para o trabalho foi surpreendida por um líquido em seu pescoço e posteriormente veio a perceber um homem se masturbando ao seu lado, tomando conhecimento do que a atingiu – e após o juiz responsável pela apreciação do flagrante ter sido “bombardeado” em virtude de sua decisão (embasada na lei, vale dizer), necessário se faz uma distinção entre o delito de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Elencada ao teor do art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº3.688 de 03 de outubro de 1.941), sua figura típica enuncia “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

Do mesmo modo que no delito de estupro, a importunação ofensiva ao pudor possui o condão de resguardar a dignidade/liberdade sexual do indivíduo, com o intuito de que este possa dispor livremente de sua vida.

Em sentido contrário, no delito tipificado ao teor do art. 213 do Código Penal, há o emprego de violência ou grave ameaça, com o intuito de satisfazer a lascívia do agressor. Na importunação ofensiva ao pudor, assevera-se que nenhum destes fazem-se presentes – tanto o emprego de violência ou grave ameaça, quanto a satisfação de lascívia. Nesta, vale dizer, a vítima é muitas vezes surpreendida pela situação.

No que tange aos valores morais e sociais, bem como aos costumes, pode-se constatar a gravidade de importunar um indivíduo no tocante a seu pudor. O mesmo não pode ser extraído da lei. No fatídico episódio ocorrido no Estado de São Paulo, embora haja discussões inclusive entre profissionais da área do direito, assevera-se ter o magistrado tomado a decisão correta com base no que consta da lei. Embora pareça – e de fato seja – bastante grave o acontecido, o grotesco erro encontra-se na legislação, que tratou arrogantemente de acontecimentos graves com penas tão brandas, podendo-se até mesmo abrir uma discussão quanto ao não embasamento ao princípio da proporcionalidade.

Porém, não se pretende no presente trabalho tecer críticas à mencionada legislação ou mesmo julgar a decisão do magistrado, tendo como intuito tão somente fazer uma distinção entre o crime e a contravenção penal mencionados alhures.

Posto isso, segundo entendimento do jurista Nucci (2014, p.1.635), deve-se atentar ainda ao lapso temporal para diferenciá-los:

Além disso, é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um estupro, mas uma importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo.

Destarte, embora admita-se a gravidade desta infração de menor potencial ofensivo, vale dizer que não pode a mesma ser comparada a magnitude do estupro, o qual é inclusive delito hediondo (consoante tipificação dada pelo art. 1º, inciso V da Lei dos Crimes Hediondos).

Cabe ainda ressaltar, que consoante preleciona o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, a importunação ofensiva ao pudor somente ocorrerá em locais públicos ou acessíveis ao público, devendo ser considerado atípico o fato que enquadrar-se em todas as disposições dadas pelo mencionado artigo, com exceção desta, referente ao local de ocorrência.

No que tange à natureza da ação penal na importunação ofensiva ao pudor, esta será pública incondicionada (consoante art. 17, da Lei das Contravenções Penais). No estupro qualificado pelos resultados lesão corporal de natureza grave ou morte, por outro lado, foi introduzido o art. 225 no Código Penal, o qual preceitua uma ação penal de natureza pública condicionada à representação da vítima. Note-se que há uma clara desproporção, tendo em vista à gravidade do delito de estupro em comparação a mencionada contravenção penal, desproporção esta, a qual será explanada no capítulo referente à natureza da ação penal nos delitos contra a dignidade sexual – estupro seguido de morte.

3.8 Da palavra da vítima como meio de prova nos delitos contra a dignidade sexual

Consoante já mencionado, o delito em estudo, por ocorrer na clandestinidade, confere demasiada relevância às palavras da vítima como meio probatório.

De acordo com a jurisprudência dominante no cenário jurídico atual, uma vez que o Código Penal deixou para trás seu caráter amplamente machista, é possível afirmar que em alguns casos o acusado pode até mesmo vir a ser condenado com base no supracitado depoimento. Porém, faz-se necessária uma ressalva neste sentido.

À despeito da força probatória conferida à palavra das vítimas dos delitos contra a dignidade sexual, há que se falar ainda, que esta não possui natureza suprema como meio prova. Embora possua grande relevância para o direito penal, em virtude da escassez de testemunhas, deve estar corroborada pelas circunstâncias fáticas.

Para que haja a condenação do acusado, o contexto probatório deve restar robusto, carregado por depoimentos sólidos e precisos da vítima, os quais devem ser sempre marcados pela verossimilhança em suas alegações, a plausibilidade, assim como a coerência.

Alguns juristas chegam a afirmar que se faz necessária à atribuição de um valor maior às palavras das vítimas, visando erradicar a absolvição dos réus em processos desta espécie, em decorrência da constante falta de provas. Entretanto, é fundamental fazer uma ponderação à respeito de tal afirmação. Ainda que haja uma grande impunidade aos “autores” dos delitos sexuais, deve-se, em todos os casos, optar por um garantismo penal integral, protegendo-se assim, ambos os indivíduos integrantes da demanda processual.

Cabe ressaltar que tal primazia, não se refere a deixar a impunidade prevalecer nestes delitos tão repulsivos, mas tão somente em confrontar as circunstâncias fáticas do caso concreto com as versões apresentadas pelas vítimas, para que haja uma maior solidez na aplicação da justiça pelo Poder Judiciário.

É sabido que a pena aplicada aos crimes contra a dignidade sexual acaba por ultrapassar aquela imposta pelo Juiz competente, uma vez que nos presídios, bem como perante a Sociedade em geral, estes agentes delituosos são duramente castigados – seja física, moral ou psicologicamente -. Não obstante, as vítimas também restam marcadas pelo resto de suas vidas e muitas vezes até mesmo estigmatizadas pela coletividade, sem falar detalhadamente nos abalos psicológicos, morais e em alguns casos até mesmo físicos, dos quais estas padecem. Posto isso, resta justificado o objetivo de tal cautela no que tange às palavras das vítimas como meio probatório nos delitos sexuais.

De acordo com a jurisprudência dominante, *in verbis*:

Nos crimes contra a liberdade sexual, em regra cometidos distante dos olhares de possíveis testemunhas, é de grande relevância a palavra da vítima que, amparada por outros elementos de prova, a exemplo do exame de corpo de delito, se faz por suficiente para embasar a condenação.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais dispõe neste sentido:

Havendo coerência e verossimilhança nas declarações da vítima de estupro, vulnerável ou não, corroboradas por outros elementos dos autos, é de se admitir o delito em questão que, via de regra, é cometido na clandestinidade.

Sendo assim, resta comprovada a relevância da palavra da vítima na esfera criminal, no âmbito dos delitos contra a dignidade sexual.

4 DOS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS

4.1 Princípios da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade, conforme prelecionam alguns autores, inclusive seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal), embora não esteja explicitamente referido na Constituição Federal de 88, pode ser encontrado de maneira implícita em diversos incisos do art. 5º, como por exemplo, o que se refere à admissão de medidas mais rígidas para os delitos considerados mais graves (inciso XLII, XLIII e XLIV).

Referido princípio faz-se necessário para aferir a legitimidade material de todos os atos praticados pelo poder público, proibindo que este haja de maneira desmedida em detrimento da sociedade, afastando-se assim a ocorrência de intervenções ou punições consideradas excessivas por meio do Estado.

Visando acautelar a dignidade da pessoa humana e consequentemente a proibição de excessos, tal princípio legitima e limita toda a legislação infraconstitucional, atingindo até mesmo o exercício do poder legislativo.

Pode ser fragmentado em duas concepções: estrita e ampla. A primeira, diz respeito somente entre uma relação proporcional entre a gravidade do delito praticado e a

sanção imposta. Já na concepção ampla, há a subdivisão em: adequação teleológica; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação teleológica compreende-se na proibição à arbitrariedade, isto é, o meio utilizado pelo Estado para alcançar determinado objetivo, tem que ser adequado para tal. No tocante a necessidade, absorve-se que o meio empregado para atingir o fim estabelecido, deve ser aquele considerado menos gravoso possível. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, pode-se dizer que é a ponderação entre a medida a ser tomada e os benefícios que serão alcançados por esta, criando-se assim, uma relação de *“custo benefício”*, conforme demonstrado por alguns autores constitucionais, como Marcelo Novelino

Portanto, antes de adentrar ao tópico referente à natureza da ação penal no delito tipificado ao teor do art. 213, §2º do Código Penal e sua relação com o Princípio da Proporcionalidade, convém citar o grande jurista Cezar Roberto Bitencourt em sua obra “Tratado de Direito Penal – Parte Geral”, onde assevera que: *“É indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los”*. Tal afirmativa vem a calhar, vez que mais adiante, será demonstrada a contrariedade do art. 225 do Código Penal, no que se referem ao princípio estudado linhas volvidas.

4.2 Princípios da proibição da proteção deficiente

O princípio da proteção deficiente é uma espécie de vertente do princípio da proporcionalidade, que – de maneira redundante, faz-se importante salientar - preleciona que as leis infraconstitucionais não podem ir além ou aquém da Carta Magna.

Neste preceito, pode-se dizer que há uma insuficiência nas prestações estatais no tocante aos Direitos Fundamentais, isto é, a proteção por parte do Poder Público torna-se deficiente, deixando de lado até mesmo os direitos mais básicos amparados pela Constituição Federal.

Outra maneira de entender tal princípio pode ser enxergá-lo sob o ponto de vista do garantismo negativo, ou seja, uma vez que o Estado já assegurou em sua Constituição os Direitos Fundamentais, deve o mesmo apenas evitar suas arbitrariedades, bem como aquelas advindas dos particulares em detrimento da Sociedade.

4.3 Princípio da proibição ao retrocesso

Alguns juristas como Rogério Greco, fazem menção ao art. 225, do Código Penal como sendo contrário ao Princípio em estudo, para tanto, será feita breve introdução a este, no intuito de esclarecer seu conteúdo, bem como sua relevância dentro do plano normativo.

Conhecido ainda como *efeito cliquet*, segundo o grande constitucionalista José Gomes Canotilho, citado por Dirley da Cunha (2014), o Princípio da Proibição do Retrocesso, preceitua que os direitos sociais, uma vez alcançados, não podem, em nenhuma hipótese retroagir, devendo ser consideradas inconstitucionais quaisquer medidas tomadas pelo poder público que tenham tal intuito – ou que gerem tal consequência.

Proíbe-se ainda a substituição de normas que garantam os Direitos Fundamentais por outras que não ofereçam proteção equivalente, resguardando-se assim os direitos da sociedade, com a restrição da liberdade dos legisladores e inclusive com a criação de cláusulas pétreas na Carta Magna.

4.4 Princípio da interpretação conforme à Constituição Federal:

O Princípio da Conformação das leis à Constituição Federal baseia-se na supremacia da Carta Magna em detrimento à legislação infraconstitucional.

Consoante entendimento do ministro e professor Gilmar Mendes, sempre que houver disposição legal, a qual ofereça possibilidades diversas de interpretação, sendo algumas conflitantes com o texto constitucional, far-se-á imprescindível a aplicação do princípio em comento, o qual tem como finalidade, buscar a norma que se enquadre melhor nos preceitos constitucionais, evitando por conseguinte, sua declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal coaduna de tal entendimento, conforme se denota do texto da Adin nº 1344-1/ES, *in verbis*:

(A interpretação conforme a Constituição) só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco.

Posto isso, resta cognoscível que o texto constitucional não deve ser colocado em posição inferior à legislação infraconstitucional, devendo prevalecer sempre o seu entendimento, sob pena de declaração de inconstitucionalidade da lei, - conforme asseverado linhas volvidas – com sua consequente retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

4.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

O mais importante preceito da Constituição Federal de 1988 – considerado um dos precursores de nosso Estado - elencado ao teor de seu art. 1º, inciso III, tem como enfoque a proteção do ser humano e a garantia de seus direitos fundamentais, tais como a vida, a saúde, a igualdade, a intimidade, entre outros.

Consoante prelecionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino(2013, p.94), *in verbis*:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.

Destarte, é cabível a afirmação de que, caso haja um conflito entre interesses estatais e direitos dos indivíduos, estes serão privilegiados, vez que o Estado existe para servir o homem. No mesmo sentido, doutrinam os autores Marcelo Novelino (2007) e José Gomes Canotilho (1994).

Após um período marcado por conflitos, principalmente políticos (nazismo, fascismo e políticas governamentais ditatoriais) e um excessivo menosprezo com a figura do ser humano, houve finalmente um esclarecimento dos ideais na sociedade, o que fez com que esta buscasse coibir a instrumentalização das pessoas.

Pautado na filosofia Kantiana, (que embora não seja unânime, pode-se afirmar ser a mais utilizada atualmente) o conceito de Dignidade Humana – embasado por noções religiosas e metafísicas – pode ser compreendido como a não instrumentalização do homem. O filósofo alemão Immanuel Kant, asseverava ser o homem um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como “*meio*” para conseguir algo, particularizando-o como pessoa humana. Não obstante, afirmava que as coisas possuíam um preço, enquanto o homem, dignidade.

Embasado na filosofia de Kant, o jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet, brilhantemente discorre acerca do conceito de dignidade, classificando-o como (2006,p.37):

[...] a 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 existenciais 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.

Diante do trágico histórico de violações e sofrimento decorrentes da Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de proteção aos seres humanos, o que culminou no reconhecimento da dignidade humana em diversas constituições espalhadas ao redor do mundo, proteção esta, a qual já encontrava amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Constituição de 1988 – vigente até os dias atuais - promulgada logo após o período ditatorial (1964-1985), por meio de seu art. 1º, inciso III, converteu a Dignidade, como valor moral em conceito jurídico, conforme prelecionam habilmente os juristas Ernest Benda e Ingo Sarlet, o que conseqüentemente, de acordo com Marcelo Novelino (2007, p.136): [...]significa dizer que na criação, interpretação e aplicação das normas deve-se buscar sempre a promoção das condições e a remoção dos obstáculos para que a dignidade seja respeitada.

Ademais, os efeitos do princípio da dignidade humana não restringem-se ao ordenamento constitucional, estendendo-se por todas as esferas do direito e por conseguinte, servindo como uma espécie de direcionamento na interpretação das leis, sendo ainda considerado um “*valor supremo*”, uma vez que aplicável à ordem jurídica, bem como econômica, política, cultural e social.

Isto posto, cabe dizer que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pode ser definido como um impositor de limites à atuação estatal, dividindo-a em dois preceitos diversos. De um lado há a obrigação por parte do Estado em proporcionar meios para que o cidadão tenha uma vida marcada pela dignidade, a qual lhe é inerente; enquanto de outro, cabe ao Poder Público impedir a violação ao mencionado princípio, protegendo-o seja do abuso impetrado por meio de terceiros ou dele próprio.

Acrescente-se, que de acordo com uma parte da doutrina a dignidade humana é marcada pela mutabilidade, não havendo um consenso no que tange à sua definição, defendendo alguns autores ainda, que seus conceitos formam-se por meio de diversas culturas e sociedades.

5 DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – ESTUPRO COM RESULTADO MORTE

Muito tem-se discutido acerca das mudanças acarretadas pela Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, a qual alterou de forma severa grande parte do Código Penal, mais especificamente, sua parte especial.

Dentre as variadas transformações; devido ao emprego do Princípio da Continuidade Normativo-típica, ocorreu a fusão entre os arts. 213 e 214 do Código Penal (estupro e atentado violento ao pudor), com o consequente deslocamento material do fato criminoso previsto no art. 214, do Código Penal, ampliando-se a incidência do estupro, tipificado ao teor do art. 213 do aludido diploma legal, o qual, a partir de então passou a prever além da conjunção carnal, os atos libidinosos, resguardando-se, por conseguinte, não somente as mulheres – como era anteriormente – mas todos os indivíduos.

Não obstante, a Lei 12.015/09 modificou de maneira brusca a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, criando-se disposições controversas e até mesmo desfavoráveis em detrimento dos indivíduos que se comprometeu a proteger.

Anteriormente às modificações trazidas com o advento da lei citada alhures, os crimes tipificados ao teor do Título VI – Capítulo I do Código Penal tinham - excetuando-se o estupro e o atentado violento ao pudor em suas modalidades qualificadas - sua ação penal definida por força do disposto no art. 225 do mesmo diploma legal.

Os chamados “Crimes Contra os Costumes” eram resguardados – regra geral - pela ação penal de natureza privada propriamente dita, isto é, somente a vítima possuía legitimidade para ingressar com a demanda na esfera judicial, ou ainda, nos casos em que fosse menor de dezoito anos ou mentalmente enferma, esta passaria ao seu representante legal. A razão de ser utilizada tal ação nestes crimes, fundava-se no argumento de que a vítima seria privilegiada, possuindo livre arbítrio para decidir se “denunciaria” ou não seu agressor, conservando-se seu direito em manter o crime

ignorado – posição esta, a qual é até hoje defendida por alguns juristas, como é o exemplo de Cezar Roberto Bitencourt.

Além do mais, o caráter machista mostrava-se com clareza mais uma vez, posto que as mulheres eram vistas regularmente como principais culpadas nos antigos “crimes contra os costumes”. Embora ainda haja um preconceito por parte da sociedade, é inegável a afirmação de que o mesmo diminuiu consideravelmente, podendo-se citar como marco de tal diminuição, as mencionadas modificações na parte especial do Código Penal.

No entanto, faz-se necessário salientar as exceções abrangidas anteriormente pela legislação penal, no tocante à natureza da ação penal, quais sejam: em caso de hipossuficiência financeira por parte da vítima e de seus representantes legais, a ação penal seria condicionada à representação daquela.

Quanto à ação de natureza pública incondicionada, esta seria utilizada para resguardar os casos em que o crime fosse cometido com abuso do poder familiar (ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador); nos casos em que a violência empregada resultasse em lesão corporal de natureza grave ou morte; ou ainda, quando os delitos de estupro e atentado violento ao pudor fossem praticados, utilizando-se de violência real (conforme preleciona a Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal).

No que se refere às figuras qualificadas do estupro – estupro qualificado por lesões corporais graves e estupro com resultado morte - anteriormente elencadas ao teor do art. 223 (já revogado) do Código Penal, o argumento que justificava a divergência na natureza de sua ação penal, dava-se pelo fato de que mencionado artigo (223, CP) possuía disciplina jurídica autônoma no tocante à sua ação, o que permitia que esta possuísse natureza pública incondicionada à representação do ofendido, à despeito do que fora prelecionado nos demais artigos. Além do mais, este entendimento restou pacificado com a criação da Súmula 608 por parte do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Nos crimes contra a dignidade sexual, para que restem caracterizadas suas figuras típicas, faz-se indispensável o emprego de violência – excetuando-se os casos em que a vítima é coagida por meio de grave ameaça ou constrangimento ilegal – a qual tem o fito de extirpar a resistência, bem como a discordância por parte da vítima. Tal violência, quando demonstrada sua concretude, é chamada de violência real.

Para uma melhor compreensão a respeito deste instituto, fazem-se imperiosas as palavras do falecido Ministro do Supremo Tribunal Federal, Maurício José Corrêa, proferidas no *Habeas Corpus* de nº 81848, *in verbis*:

[...] caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificarem lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade. Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real.

Posto isso, é correta a afirmativa de que as formas qualificadas do delito de estupro (art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal) enquadram-se nos casos da denominada violência real.

A atual redação do art. 225 do Código Penal, embora continue dispondo a respeito da ação penal nos delitos tipificados nos capítulos I e II do título VI, preleciona que, naqueles que forem praticados contra a liberdade sexual, esta será de natureza pública condicionada à representação do ofendido, prevendo em seu parágrafo único apenas a exceção quanto àqueles delitos praticados em desfavor de menores de 18 (dezoito) anos ou vulneráveis – casos em que se procederá com amparo na ação penal pública incondicionada.

Conforme restou explanado, a ação penal tornou-se pública após a Lei referida alhures e quanto a isto, não há controvérsias no âmbito jurídico. Visando uma maior proteção das vítimas de tais crimes tão sórdidos, o Estado tomou para si a legitimidade para ingressar com a ação na esfera judicial, embora em alguns casos, dependa da condição de procedibilidade, a qual configura-se pela representação do ofendido.

No que tange à proteção das vítimas, alguns doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt (2013, p.151), fazem ainda, menção à ação penal de iniciativa privada como mais benéfica a estas, ao asseverar que:

Fica claro que não compartilhamos do entusiasmo daqueles que veem na publicização da ação penal maior proteção das vítimas da violência sexual (...). Atribuir (...) a titularidade da ação penal ao Parquet não é sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; pelo contrário, desrespeita o direito daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e sua privacidade, além de ignorar a tradição de nosso sistema jurídico que, historicamente, nos crimes contra a liberdade sexual, atribuía a titularidade da ação penal exclusivamente à vítima ou a seu representante legal.

Apesar de parte da doutrina defender que a ação penal deveria continuar com a iniciativa privada, ressaltando que o interesse principal em tais delitos seria do ofendido, é notório que grande parte das vítimas, por medo, vergonha ou até mesmo pelos estigmas até hoje impostos pela sociedade, optam por não noticiar o crime às autoridades policiais, incorrendo na vulgarmente conhecida “*cifra negra*”. Logo, ainda que a Lei 12.015/09 tenha surgido repleta de falhas, é inegável que sua criação teve como finalidade precípua, resguardar primeiramente os interesses de referidas vítimas, vez que nas ações penais de natureza privada, nem mesmo o procedimento investigatório – instauração de inquérito policial, neste caso – poderia ser iniciado sem o requerimento da vítima.

Quanto à natureza da ação penal, no delito de estupro simples, tipificado ao teor do art. 213, *caput*, do Código Penal, consoante asseverado linhas volvidas, somente o Ministério Público – excetuando-se os casos de inércia do *Parquet* - terá legitimidade para ofertar a denúncia, porém faz-se imprescindível a representação do ofendido, conforme preceitua o art. 225 do Código Penal em seu *caput*. Neste ínterim, o legislador dispôs ainda à respeito das figuras qualificadas do estupro, tipificadas ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º, do Código Penal, isto é, estupro qualificado por lesões corporais de natureza grave e estupro com resultado morte; o que, indubitavelmente, pode-se dizer ter sido tratado de maneira inadequada e até mesmo deficiente.

Observando-se o Código Penal, em seu mencionado art. 225, presume-se que a ação penal em todos os crimes elencados no capítulo I do título VI, seja de natureza pública condicionada à representação do ofendido.

Por outro lado, ainda no referido códex legal, há a redação do art. 101, o qual preleciona, em síntese, que os crimes complexos – o que é o caso do delito em comento, em consonância com o que restou elucidado por meio do capítulo 1 do presente trabalho – acompanharão a ação penal de sua figura típica em que couber a de natureza pública incondicionada. Conforme restou explanado no mencionado capítulo, ambos os delitos que qualificam o crime de estupro – lesão corporal grave e homicídio, tipificados ao teor dos arts. 129, §§ 1º e 2º, e 121, do Código Penal, respectivamente – são amparados pela ação penal de natureza pública incondicionada, o que faz com que o delito de estupro qualificado – por ser crime complexo – também deva resguardar-se com base na mesma.

Isto posto, é possível afirmar que há um contrassenso em tal diploma legal. Os arts. 225 e 101 do Código Penal dispõe a respeito do mesmo tema, porém, de maneira completamente antagônica.

Nesta lógica, em decorrência dos transtornos causados pela Lei que alterou a legislação criminal, a Procuradoria Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, na data de 17 de setembro de 2009 questionando a constitucionalidade do disposto no art. 225, do Código Penal, mencionado alhures.

Embasando-se nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade – os quais afirma terem sido ofendidos por meio da Lei 12.015/09 - a ADI proposta pelo PGR salienta que todos os outros crimes dos quais resultem lesão corporal grave ou morte, abrangidos pela legislação penal, são resguardados pela ação de natureza pública incondicionada, o que fortalece a tese de que as figuras qualificadas de um delito tão grave e repulsivo – considerado até mesmo crime hediondo, de acordo com o art. 1º, inciso V, da Lei 8.072/90, ainda que em sua modalidade tentada - quanto o estupro também deveriam ser.

Não obstante, o Procurador Geral da República, fez-se valer dos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, bem como da Proteção Deficiente, para questionar a constitucionalidade do referido artigo, vez que estes também restaram esquecidos na atual legislação.

Além disso, outro argumento substancial que foi utilizado dá-se pela provável extinção dos processos que estão em andamento no atual cenário jurídico brasileiro. Tendo em vista que o art. 225 do Código Penal passou a exigir como condição de procedibilidade para a ação penal a representação da vítima, os processos em curso, nos quais o *Parquet* não conseguisse encontrar o ofendido para que este representasse pela instauração do inquérito e consequente propositura da ação seriam, por conseguinte, extintos em razão da decadência (conforme leciona o art. 107, inciso IV do Código Penal).

É notável a gravidade dos delitos tipificados ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal, sendo assim, não há fundamento (ainda que esteja previsto na lei) para exigir que a família do ofendido – nos casos de estupro seguido de morte, por exemplo - seja obrigada a representar contra o agressor para que este não tenha sua punibilidade extinta, em razão da decadência (art. 107, inciso IV do Código Penal). Não é razoável fazer tal exigência, vez que, caso a vítima não tenha sucessores legais (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão), um crime de tal magnitude, restará impune, sendo impossível até mesmo a instauração do inquérito policial, o qual também depende da representação por parte do ofendido para que seja iniciado.

Embora uma parcela da doutrina afirme que os delitos de estupro qualificado por lesão corporal de natureza grave ou morte são crimes complexos, - isto é, possuem mais de um crime contido no mesmo tipo penal – e, portanto, devem-se proceder de acordo com o art. 101 do Código Penal (o que faria com que a ação penal a ser seguida fosse incondicionada); há um contraponto doutrinário marcado por uma corrente que assevera que as únicas exceções nos crimes contra a dignidade sexual, estão elencadas no art. 225 do Código Penal, o que faz com que a ação penal nos delitos mencionados acima somente possa ser intentada mediante a representação do ofendido.

A corrente doutrinária que defende a aplicação em sentido literal do art. 225 do Código Penal, preceitua, de acordo com o jurista Luiz Flávio Gomes ser impossível a utilização do art. 101 do mesmo códex legal, por dois motivos. Preliminarmente, Gomes assevera que a norma contida no art. 225 do Código Penal é especial, bem como

posterior, enquanto a do art. 101 é geral e anterior, o que faz com que esta prevaleça sobre a segunda.

Bitencourt (2013, p.155), por sua vez, faz considerações relevantes à respeito do tema, afirmando em sentido contrário, que:

[...] a previsão contida no art. 225 e seu parágrafo único constitui *norma geral* que complementa a outra, igualmente geral, segundo a qual todos os crimes são de *ação pública incondicionada* (art. 100), salvo se houver previsão legal expressa em sentido contrário. Pois essa previsão expressa (que condiciona à manifestação da vítima) (...) também é *norma geral* que completa a anterior.

Além do mais, este jurista assevera que a previsão que se refere aos crimes complexos, além de especial é também específica, o que faz com que deva ser aplicada a todos os crimes complexos aos quais o Código Penal faça menção - incluindo-se por conseguinte, o disposto no art. 213 e seus parágrafos.

Não obstante, faz ainda uma ressalva ao Princípio constitucional da Razoabilidade, asseverando não haver lógica no emprego do art. 225 do Código Penal apenas pelo mesmo estar elencado na legislação, uma vez que, no crime de homicídio – bem como na lesão corporal – a ação penal tem sua natureza, em regra, pública incondicionada à representação do ofendido, ou seja, não há razoabilidade para condicionar-se a mesma à representação do ofendido nos casos em que houver a prática de dois crimes demasiadamente graves.

Embora o entendimento deste jurista esteja consolidado em uma posição minoritária na doutrina – vez que a teoria majoritária dá-se pela aplicação das disposições constantes ao teor do art. 225 do Código Penal - há que se salientar a importância deste pensamento – com o qual coadunam grandes cientistas do direito, como Rogério Greco, Damásio de Jesus, Paulo Rangel, entre outros – posto que demonstra de maneira precisa, a imprescindibilidade de empregar-se a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, bem como o art. 101 do Código Penal em substituição ao citado linhas volvidas.

Vale enfatizar ainda o posicionamento do renomado jurista Guilherme Nucci (2014, p.1.682), o qual - embora critique a aplicação da Súmula 608 do Supremo, afirmando

ser esta fruto de uma política criminal, onde buscava-se amparar as mulheres estupradas, visto que estas eram fragilizadas em razão do caráter machista da sociedade – leciona a respeito da utilização do art. 101 do Código Penal para solucionar as imprecisões trazidas com o advento da Lei 12.015/09.

Consoante entendimento deste doutrinador – o qual já foi inclusive ilustrado linhas volvidas - *in verbis*:

O estupro seguido de lesões graves ou morte, é crime complexo em sentido estrito, pois composto por um constrangimento ilegal para obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso associado às lesões graves ou morte (constrangimento ilegal + lesão grave; constrangimento ilegal + homicídio). O elemento lesão grave (art. 129, §§ 1º e 2º, CP) comporta ação penal pública incondicionada. O elemento morte (art. 121, CP), igualmente. Portanto, como nessas duas últimas situações a legitimidade, incondicionada, pertence ao Ministério Público, o estupro com resultado lesão grave ou morte também comporta ação pública incondicionada.

Para tanto, faz-se necessário, não somente um estudo aprofundado na doutrina e jurisprudência referentes, como também um bom senso por parte dos aplicadores do direito e ainda mais, uma ponderação por parte dos legisladores, no momento de elaborarem as leis que regem o país.

Tomando como base a essencialidade da Constituição Federal, é correto afirmar que todas as demais leis ordinárias, deverão manter uma relação de interdependência com a mesma, isto é, deve ser criado respeitando-se os princípios basilares dispostos na Carta Magna, caso contrário serão tomadas como inconstitucionais. O princípio da interpretação conforme à Constituição – explanado no Capítulo 3, o qual refere-se aos Princípios Constitucionais – preleciona a respeito deste tema. Fundamentando-se neste princípio e observando as alterações trazidas pela mencionada Lei, é correto dizer que seu texto é marcado por disposições evidentemente contrárias à Constituição e seus princípios-base, conforme restará destrinchado a seguir.

Ainda sobre os princípios constitucionais, é imprescindível fazer uma ressalva ao Princípio da Proibição ao Retrocesso – também explanado no Capítulo alhures – o qual, em apertada síntese, veda que um direito já conquistado pelos cidadãos lhes seja retirado após sua consagração.

Se anteriormente às alterações trazidas pela Lei 12.015/09 as figuras qualificadas do estupro eram protegidas por meio da ação penal pública de natureza incondicionada, não há fundamentação para que após tal alteração estas deixem de ser, retirando-se assim um direito conquistado anteriormente pelos indivíduos. É notável que a ação penal pública incondicionada é excessivamente mais benéfica às vítimas e à sociedade, vez que esta é intentada pelo Representante do Ministério Público, independentemente de qualquer manifestação por parte do ofendido, o qual, ainda que deseje - por receio ou vergonha, ou qualquer outro motivo de cunho pessoal – não poderá deixar impune o crime praticado em seu desfavor.

Afrontando o princípio da proporcionalidade, as transformações causadas em decorrência da modificação na parte especial do Código Penal – mais especificamente nos delitos contra a dignidade sexual – marcam um prejuízo em desfavor da sociedade, no caso, das vítimas dos delitos sexuais. Não é correto falar-se em proporcionalidade, quando há um desrespeito aos quesitos da necessidade e da própria proporcionalidade em sentido estrito na legislação infraconstitucional. No caso em apreço, o poder legislativo, ao criar a Lei 12.015/09, a despeito da ponderação entre a criação da referida lei e os benefícios alcançados por esta, deixou que a sociedade em geral restasse desprotegida com a alteração na natureza da ação penal, no que tange às figuras qualificadas do estupro.

Não obstante, o preceito elementar da Carta Magna, qual seja, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob o qual se baseia todo o ordenamento jurídico, foi claramente deixado de lado, com a edição da Lei 12.015/09. A proteção dispensada aos indivíduos foi mitigada, tornando-se deficiente ao deixar expostos direitos fundamentais como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, desrespeitando-se, por conseguinte, o princípio da proibição da proteção deficiente – diretamente ligado ao mencionado acima.

De acordo com a interpretação literal do art. 225 do Código Penal, depreende-se que a ação penal será de natureza pública condicionada à representação do ofendido, até mesmo nos casos de estupro qualificado, norma esta, a qual deverá restar superada em virtude de tudo o que foi explanado no presente trabalho.

Um dos argumentos mencionados pelo Procurador Geral da República em sua Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301, o qual merece uma melhor elucidação a respeito, consiste em uma possível extinção massiva dos processos em curso no poder judiciário, referentes aos delitos de estupro qualificado por lesões corporais graves e estupros com resultado morte (art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal), praticados anteriormente à data de 07 de agosto de 2009.

Greco posiciona-se a respeito de tal problemática, asseverando que, nos casos em que a ação penal tiver iniciado por meio da chamada “queixa-crime”, os Magistrados deverão dar o regular prosseguimento aos feitos, posto que considere (assim como grande parte dos doutrinadores) a Lei 12.015/09 como sendo uma norma híbrida, isto é, processual, com reflexos de direito material penal.

No que tange a seus aspectos processuais penais, a norma deverá seguir o princípio do *tempus regit actum*, regulamentando apenas os feitos que houverem iniciado-se após sua vigência. Do ponto de vista do direito material, por sua vez, os feitos deverão seguir normalmente seu curso, considerando-se que a ação penal de natureza privada é – em tese – mais benéfica ao acusado. Posto isso, denota-se que tal afirmativa justifica o posicionamento da doutrina majoritária ao dispor sobre o prosseguimento dos feitos que houverem iniciado com base na lei anterior.

No que diz respeito aos feitos iniciados por meio da ação penal de natureza pública incondicionada (exceções descritas nos arts. 223 e 225, §1º, inciso II do Código Penal, anterior ao advento da lei 12.015/09), Nucci e Greco são categóricos ao asseverar que mencionada norma deverá ser aplicada de maneira retroativa, tendo em vista seu caráter mais favorável ao acusado. Sendo assim, as tais ações deverão ser sobrestadas (observando-se cada caso) pelo magistrado competente, indagando-se às vítimas a respeito de seu interesse ou não na continuidade do feito, sob pena de extinção da punibilidade do acusado por meio da decadência (art. 107, inciso IV do Código Penal). Ambos os doutrinadores fazem menção à banalização do prazo de 06 (seis) meses para a ocorrência da decadência, protestando o segundo, pela utilização – por meio de analogia – do art. 91 da Lei nº 9.099/95, o qual prevê o prazo de 30 (trinta) dias.

Em conformidade com o que restou explanado no presente trabalho, é possível vislumbrar claramente o caráter prejudicial da Lei 12.015/09 às vítimas dos delitos contra a dignidade sexual, no que tange à propositura da ação penal.

Se de um lado a atual legislação erradicou a ação penal de natureza privada (salvo a subsidiária da pública) – o que demonstra um importante marco à proteção das vítimas, posto que a ação penal pública é, em tese, mais prejudicial aos acusados, de outro, pode-se dizer que mitigou a proteção concedida aos ofendidos nas modalidades qualificadas do estupro – as quais amparavam-se com base na ação penal de natureza pública incondicionada, por intermédio da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Logo após a elucidação a respeito do entendimento majoritário por parte da doutrina – a qual, cabe reiterar, conclui pela utilização do art. 225 do Código Penal, consoante mencionado linhas volvidas, nos casos de estupro qualificado por lesões corporais de natureza grave e estupro com resultado morte – imperioso citar o posicionamento dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça – bem como do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no que tange ao emprego do art. 101 do Código Penal – bem como da Súmula 608 do STF – ou ainda do art. 225 de mesmo códex legal.

De acordo com a jurisprudência dominante nos aludidos Tribunais, as quais orientam-se no mesmo sentido, nos delitos tipificados ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal – praticados por meio de violência real, a ação penal será de natureza pública incondicionada, a teor da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Vide entendimento a seguir, do STJ, bem como do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, respectivamente:

PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009. VIOLÊNCIA REAL. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA. DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL. SÚMULA 608/STF. **AÇÃO PENAL** PÚBLICA INCONDICIONADA. RETROATIVIDADE DA NOVA LEI. DEPENDENTE DA CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA REAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Até o advento da Lei 12.015/2009, os crimes definidos nos arts. 213 a 220 do Código **Penal** procediam-se mediante queixa, com as exceções dispostas nos §§ 1º e 2º da antiga redação do art. 225 do Código **Penal**, na Súmula 608

do Supremo Tribunal Federal, que previa a hipótese de **ação penal** pública incondicionada, para os casos em que se houvesse emprego de violência real, bem como nos casos que resultassem em lesão corporal grave ou morte (art. 223), inserido no mesmo capítulo do art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais o dispositivo remetia em sua redação original. II. Com o advento da Lei 12.015/2009, que alterou a redação do art. 225 do Código **Penal**, os delitos de **estupro** e de atentado violento ao pudor, mesmo com violência real (hipótese da Súmula 608/STF) ou com resultado lesão corporal grave ou morte (antes definidos no art. 223 do Código **Penal** e hoje definidos no art. 213, §§ 1º e 2º), passaram a se proceder mediante **ação penal** pública **condicionada** à representação, nos termos da nova redação do art. 225 do Código **Penal**, com exceção apenas para os casos de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (parágrafo único do art. 225 do Código **Penal**). III. Se a lei nova se apresenta mais favorável ao réu nos casos de **estupro qualificado**, o mesmo deve ocorrer com as hipóteses de violência real, isto é, para as **ações penais** públicas incondicionadas nos termos da Súmula 608/STF, segundo a qual, "no crime de **estupro**, praticado mediante violência real, a **ação penal** é pública incondicionada". Tais **ações penais** deveriam ser suspensas para que as vítimas manifestassem desejo de representar contra o réu. IV. Hipótese em que o recorrido foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 214, c/c o art. 14, II, ambos do Código **Penal**, tendo a **ação penal** sido instaurada por iniciativa do Ministério Público, nos termos da referida Súmula 608/STF, tendo as instâncias ordinárias entendido pela inexistência de violência real, afastando a aplicação da referida súmula e extinguindo a punibilidade do réu, por renúncia ao direito de queixa. V. Conforme se compreenda pela ausência de violência real, o deslinde da questão encontra-se devidamente equacionado nos moldes referidos nas instâncias ordinárias, isto é, pela renúncia da vítima ao direito de queixa, nos termos do art. 107, V, do Código **Penal**. Até porque, nesse hipótese, não haveria que se cogitar em retroatividade da lei **penal**. VI. Ao contrário, se o entendimento se desse no sentido da efetiva ocorrência de violência real, não seria o caso de aplicação do disposto na Súmula 608/STF, conforme já explicitado acima, diante da nova redação no art. 225 do Código **Penal**, dada pela lei 12.015/2009, por se tratar de lei **penal** mais benéfica. VII. A discussão acerca da efetiva ocorrência de violência real redundaria em revolvimento de matéria fático-probatória, impossível de ser satisfeita na via especial, diante do óbice da Súmula 07/STJ. VIII. Ainda que se entendesse pela ocorrência de violência real, proceder-se-ia à nova contagem do prazo decadencial de 6 (seis) meses para a representação da ofendida, que passaria a fluir da data da entrada em vigor da lei nova, isto é, em 10/08/2009, estando alcançado, de qualquer modo, pelos efeitos da decadência. IX. Recurso especial que não prospera por qualquer dos fundamentos, eis que qualquer solução que se apresente, implicará na renúncia ao direito de queixa ou na decadência do direito de representação da ofendida (art. 107, IV e V, do Código **Penal**). X. Recurso desprovido.

(STJ – REsp: 1290077 SP 2011/0208623-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de julgamento: 04/02/2014, T6 – SEXTA TURMA, Data de publicação: DJe 31/03/2014).

Ementa: PENAL - **ESTUPRO** - PRELIMINAR DA DEFESA - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INOCORRÊNCIA - **SÚMULA 608** DO STF - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA-BASE MANTIDA - TENTATIVA - NÃO RECONHECIMENTO - DELITO CONSUMADO - REGIME FECHADO - IMPOSIÇÃO LEGAL - LEI Nº. 8.072/90 - CRIME HEDIONDO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. - O delito de **estupro** praticado mediante **violência real** é de ação penal pública incondicionada nos termos da **Súmula nº 608** do STF. - Comprovada a autoria do delito pelas declarações da vítima que estão em consonância com os demais elementos de prova a condenação é medida que se impõe. - Os maus antecedentes do

apelante e as consequências graves do delito justificam a manutenção da pena-base acima do mínimo legal. - Impossível o reconhecimento da tentativa se restou consumado o delito, percorrendo o agente todas as etapas do iter criminis. - O delito de **estupro** ainda que praticado em sua forma simples, sem resultar em lesão corporal ou morte, tem natureza hedionda. - O regime de cumprimento da pena ao condenado por delito hediondo é o fechado conforme determinação do artigo 2º §1º da Lei nº. 8.072/90.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0429.04.003932-4/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/08/2011, publicação da súmula em 15/08/2011).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AÇÃO PENAL. GRAVE AMEAÇA. **SÚMULA** N. 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme precedentes desta Corte, "os crimes de **estupro** e atentado violento ao pudor praticados com **violência real** ou por meio de grave ameaça são de ação penal pública incondicionada.

Inteligência da **Súmula** n. **608** do Supremo Tribunal Federal."

2. Quando o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, há a incidência da **Súmula** n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (grifo original)

(HC 254.236/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013).

Em consonância com o que restou explanado linhas volvidas, bem como, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, faz-se correta a afirmação de que, embora a doutrina majoritária mantenha um posicionamento, o qual decide-se pela utilização do art. 225 do Código Penal, no intuito de resolver o aparente conflito de normas (art. 225 e art. 101, ambos do aludido códex legal), o entendimento preponderante nas supraditas Câmaras superiores, dá-se por meio da aplicação do art. 101 do Código Penal, em conformidade com a Súmula 608 do STF, quando da ocorrências dos delitos tipificados ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º - leia-se, estupro qualificado por lesões corporais de natureza grave e estupro com resultado morte.

6 CONCLUSÃO

Em que pese toda a exposição referente à natureza da ação penal nas figuras qualificadas do delito de estupro, conclui-se, em decorrência do presente trabalho, que o legislador, ao elaborar a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, buscou melhorar a situação das vítimas dos crimes contra a dignidade sexual – nomenclatura esta, a qual restou alterada em virtude do advento da mencionada legislação. Ato

contrário, acabou por criar disposições controversas e até mesmo frágeis no que tange à mencionada proteção.

Há, como restou pormenorizado, um conflito aparente de normas, dando-se por força do art. 101 do Código Penal (referente aos crimes complexos), o qual é notoriamente contrário ao art. 225 do aludido códex legal – trazido pela implantação da Lei 12.015/09 no cenário jurídico-penal brasileiro – cujo texto legal diz respeito à ação penal nos delitos contra a dignidade sexual (capítulos I e II do título VI). Não obstante, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe acerca da natureza da ação penal nos crimes de estupro praticados com o emprego da chamada violência real, serviu para acentuar ainda mais as discussões a respeito do tema.

O art. 101 do CP preleciona que nos crimes complexos, caberá *“ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”*. O estupro, como manifesto, é crime complexo.

Em consonância com o art. 101 do Código Penal, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, dispõe a respeito do mesmo delito, nas ocasiões em que este for praticado com a utilização de violência real. As figuras qualificadas do estupro, são claramente praticadas com violência real.

Em sentido contrário, por sua vez, o polêmico art. 225 do Código Penal, alterado por força da Lei nº 12.015/09, preceitua de forma direta que, ainda que o estupro seja qualificado (por lesões corporais graves, vez que as leves são próprias do delito em comento, e morte) a natureza de sua ação penal dar-se-á por meio da ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Mencionado conflito gera tamanho prejuízo às vítimas dos delitos tipificados ao teor do art. 213, §§ 1º e 2º do CP, em especial, no que tange ao estupro com resultado morte – o qual é o tema do presente estudo – posto que, de acordo com o art. 107, IV do CP, a punibilidade do agressor restará extinta em razão da decadência, caso a vítima – ou seu representante legal, no caso da figura típica evidenciada a teor do art. 213, §2º do Código Penal – não manifeste seu direito de representar contra este no prazo de 06 (seis) meses. Em tal delito, quando as vítimas não possuírem

representantes legais, e em consequência da violência sexual tiverem suas vidas ceifadas, os agressores ficarão impunes, como se nenhum crime houvessem praticado. Há, sem dúvidas uma proteção deficiente por parte do Estado, no que tange às supraditas figuras delituosas.

Além do mais, os prejuízos estendem-se até mesmo aos processos em curso no Poder Judiciário – anteriores ao advento da mencionada lei – vez que, por serem as legislações controversas e até mesmo falhas, doutrina e jurisprudência posicionaram-se da maneira que acreditaram ser correta. Conforme denota-se do capítulo 4, referente à natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, há uma clara divergência entre os posicionamentos destas, resultando na aplicação do art. 225 do CP – de acordo com a doutrina majoritária – bem como na aplicação do art. 101 do CP (ou ainda da Súmula 608 do STF), conforme entendimento dos colendos tribunais.

Mencionada a discrepância entre os posicionamentos das colendas câmaras à despeito da doutrina majoritária, há que ressaltar-se mais uma vez a situação em que as vítimas dos delitos contra a dignidade sexual ficarão. Sem um consenso doutrinário e jurisprudencial, não há falar-se em proteção integral por parte do Estado, o que gera demasiada insegurança por parte da população.

Não obstante, saliente-se que o entendimento no sentido da utilização do art. 225 do Código Penal, fere gravemente os direitos fundamentais dos seres humanos, previstos na Magna-carta a teor de seu art. 5º. A proteção à liberdade sexual, à integridade física e corporal, bem como à vida – bem de maior importância – restou diminuta com o advento da Lei 12.015/09, uma vez que, além de ter retirado um direito já conquistado pelos indivíduos (o direito à ação penal pública incondicionada nos delitos de estupro qualificados pelo resultado), acabou por beneficiar os agressores, os quais passaram a ter sua “punição” regida pela ação penal de natureza pública condicionada à representação do ofendido, o que, em tese, representa uma maior dificuldade para que o Representante do Ministério Público intente com a ação na esfera judicial, visto tratar-se a representação por parte do ofendido, de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

Isto posto, depreende-se que a ADI proposta pelo Procurador Geral da República (nº 4301) foi intentada de maneira correta e que deve a mesma ser admitida, com a consequente declaração de inconstitucionalidade e posterior inutilização do art. 225 do Código Penal, para que não mais hajam controvérsias a respeito da aplicação do art. 101 do mesmo Código Penal, em consonância com a Súmula 608 do STF, no tocante aos crimes de estupro qualificados por lesões corporais de natureza grave e com resultado morte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENDA, Ernst. **O Espírito da Lei Fundamental**. Interesse Público. – Ano 4, nº 14. Porto Alegre: Nota dez, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 4 ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal** – parte especial 4 (dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública). 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus n. 254.236, da 5ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília. 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455999644/recurso-especial-resp-1577427-rs-2016-0008897-1>>. Acesso em: 20 set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4301. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4301&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. _____. **PGR questiona ação penal pública condicionada para estupro seguido de morte**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113558&caixaBusca=N>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. _____. Súmula 608. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937321/acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Direito constitucional para concursos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada**. Disponível em:

<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1919678/estupro-com-lesao-corporal-grave-ou-morte-a-acao-penal-e-publica-condicionada>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. 21 ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos direitos fundamentais**. Disponível em:
<<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MARTA, T. N. KUMAGI, C. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7830&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 11 ed. vol. 1. São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual – comentários à lei 12.015, de 07 de agosto de 2009**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, G.M. RODRIGUES, T. M. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em: 30 ago. 2017.

PASSOS, Thallys Mendes. **Breves considerações a respeito da lei 12.015/09 (Lei dos crimes contra a dignidade sexual)**. Disponível em:
<<http://www.charlieoscartango.com.br/Images/Artigocrimessexuais.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 8 ed. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Pedro. **Crime de estupro qualificado por lesão grave ou morte, lei 12.015/2009 e Súmula nº 608 do STF**. Disponível em: <<https://pedropaulorbl2.jusbrasil.com.br/artigos/307936222/crime-de-estupro-qualificado-por-lesao-grave-ou-morte-lei-12015-2009-e-sumula-n-608-do-stf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANCHES, Rogério. **Direito Penal – Parte Especial**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, M.M.L. **Crimes da era digital**. Disponível em: <<http://www.brasilnet.com.br/contexts/brasilrevistas.htm>>. Acesso em: 14 set. 2017.

VENTURA, Denis Caramigo. **Importunação ofensiva ao pudor**. Disponível em: <<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor>>. Acesso em: 21 set. 2017.