

1 INTRODUÇÃO

A justiça deve se precaver contra a condenação de um inocente, e do mesmo modo deve ter o cuidado de não cometer injustiça com as vítimas. Foi pensando nisso que se elaborou uma nova lei para dar uma roupagem nova aos crimes sexuais, a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009.

Pode-se afirmar que antes do advento da Lei nº 12.015/2009, que entrou em vigor no dia 07 de agosto de 2009, o ilícito de estupro com lesão corporal grave ou com resultado morte, era de ação penal pública incondicionada. Na configuração anterior do Código Penal, a matéria estava disciplinada no art. 223, o qual foi revogado e passou a ser prevista no artigo 213, esse disciplinando agora sobre o estupro simples e o qualificado, bem como passou a contemplar o artigo 214, o qual tratava do atentado violento ao pudor. Em relação à ação penal, anteriormente, o referido artigo 225 mencionava que nos crimes definidos nos capítulos I, II e III, somente se procedia mediante queixa, ou seja, por meio de ação penal privada.

Na nova redação, a ação penal nos casos de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, passou a ser pública condicionada a representação, como regra. Admitindo duas exceções: uma quando a vítima for menor de 18 anos, e a outra quando a vítima for pessoa vulnerável.

Diante desse contexto, o objetivo deste trabalho é analisar diversos autores para, então, dar uma possível resposta ao problema, qual seja: a alteração produzida pela Lei nº 12.015/09, que determina o cabimento da ação penal pública condicionada à representação para os casos de estupro com lesão corporal grave ou morte, irá retroagir para beneficiar os acusados por crimes praticados anteriores à vigência da Lei?

Para cumprir com esse objetivo, o método utilizado será o dedutivo, em pesquisa que intenta relacionar a legislação com os argumentos da doutrina penal e processual penal, bem como com a jurisprudência de Santa Catarina e do Rio de Janeiro. A presente monografia se divide em três capítulos. No primeiro, o objetivo se examinará o Poder punitivo de Estado e os tipos de ações penais previstas no Código Penal, bem como os conceitos e as espécies de ação penal. Dessa forma, será possível refletir sobre a titularidade nas ações penais referente aos crimes de

estupro com lesão corporal grave ou morte, cometidos antes do advento da lei 12.015/2009, sob a perspectiva da doutrina penal e processual penal.

Já na segunda etapa, apresentar-se-á a temática do delito de estupro, desde os antigos conceitos até os mais modernos, sua provável origem, tipo legal, suas modalidades qualificadoras, qual seja, a lesão corporal grave e resultado morte, analisando-se a previsão anterior do Código Penal e nos parâmetros da nova Lei 12.015/ 2009, a qual alterou substancialmente os crimes sexuais.

E, por fim, no terceiro capítulo, examinar-se-á a possibilidade da aplicação da retroatividade da lei penal na ação penal pública condicionada para os casos de crimes de estupro com lesão corporal grave ou morte, praticados antes do advento da Lei nº. 12.015/09.

2 PODER PUNITIVO DO ESTADO E AS ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL

2.1 Poder punitivo do Estado: conceito, fundamento, natureza jurídica e limites

Antes de adentrar no tema da irretroatividade ou não da lei, nos casos de crime estupro com lesão corporal grave e resultado morte, abrangidos pela Lei 12.015/2009, cumpre examinar o Poder Punitivo do Estado: seu conceito, fundamento e limites.

Ainda neste primeiro capítulo, abordar-se-á a temática da ação penal, apresentando a sua classificação (espécies) existente no ordenamento jurídico, de que forma se diferenciam uma da outra, os titulares que as exercem e as condições de processabilidade.

Nesse passo, quando abolida a vingança de mão própria ocorrida nas civilizações antigas, deixado diversas instituições, como os senhores feudais e a igreja, de serem titulares desse poder punitivo, leciona Boschi que a realização da justiça passou então para as mãos do Estado, ou melhor, passou a ser de sua responsabilidade a pretensão punitiva, e sendo o único legítimo com direito de punir o violador da norma (1993, p.13 e 14).

O direito de punir é realizado por meio Direito Penal, o qual, segundo Cretella Junior, em sua doutrina, pode ser definido em Direito Penal objetivo e o Direito Penal subjetivo, assim:

Direito Penal *objetivo* é o conjunto de normas que descrevem as ações ou omissões humanas consideradas infrações penais, cominadas sanções por seu descumprimento. Direito penal *subjetivo* é o direito e o poder que detém o Estado, com exclusividade, baseado em seu poder de império (*jus imperii*), de punir aquele que infringir as normas penais (1998, p. 1).

Então, conforme leciona Luiz Flávio Gomes, o Direito Penal abarca o Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo, sendo que esse é o *ius puniendi*, e que não se confunde com aquele, o *ius poenale*, que é o conjunto de normas penais que fazem parte do ordenamento jurídico. E que o *ius poenale* é a materialização do *ius puniendi*, e somente o Estado pode exercitar esse poder punitivo (*ius puniendi*),

sendo o único titular como expressão de sua soberania, que se realiza por meio do processo (2007, p.357 e 359).

O Direito Penal Objetivo (*jus poenale*) constitui-se de normas jurídicas que regulam a ação estatal, que violada então alguma norma jurídica, torna-se efetivo o poder punitivo (Direito Penal Subjetivo) do Estado, esse então “[...] responsável pela harmonia e estabilidade sociais, é o coordenador dos indivíduos que compõe a sociedade” (NORONHA, 2003, p.4).

Importante salientar que, segundo Tourinho Filho, os bens ou interesses, como direito à vida, à integridade física, à honra, dentre outros, são tutelados pelo Estado, por meio das normas penais, que ao serem violadas caracterizam o ilícito penal, surgindo, assim, a “pretensão punitiva” do Estado. E, ainda, os bens ou interesses, como são eminentemente públicos e eminentemente sociais, o Estado não pode deixar sua tutela ao arbítrio de um particular, pois quem sofre a lesão é o próprio Estado (2006, p. 9 e 10).

No tocante assunto, preleciona Boschi em seu livro Ação Penal que:

O crime lesa bens juridicamente protegidos e, assim, altera o equilíbrio social, incumbindo, pois, ao Estado, reagir contra o criminoso, visando reeducá-lo e também prevenir novos crimes (1993, p. 13).

O Estado, portanto, ao editar leis, requer a obediência ao sistema penal, visando à harmonia e os interesses tanto individuais como coletivos, sendo que a violação a essa lei importa em um dano no âmbito social.

Conceitua-se o direito subjetivo (ou *jus puniendi*) como:

[...] também chamado de *jus puniendi* estatal, compreende ao direito de punir do Estado. Em sentido abstrato traduz-se no direito de exigir de todos que se abstenham de praticar condutas delitivas, e, em sentido concreto, no interesse de aplicar a sanção cominada ao delito àquele que violou a norma penal (ESTEFAM, 2005, p.2).

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, o Direito Penal subjetivo é: “[...], assim, o direito de punir que surge com a norma penal e que é sempre atingido pela ação delituosa [...]” (1994 p. 6).

Portanto, uma vez praticado o fato previsto na norma penal, nasce para o Estado o direito de punir, ou seja, de aplicar a sanção penal ao autor do fato (BOSCHI, 1987, p. 16-17).

Esclarece mais uma vez Fragoso que:

O estado detém o monopólio do magistério punitivo, mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido (ação penal privada). A tutela jurídica que o direito penal exerce refere-se sempre a interesse da coletividade. Mesmo quando se trata de bens, cuja ofensa primariamente atinge o indivíduo (1994, p. 4).

Tourinho Filho aduz que o poder punitivo ou *jus puniendi* subsiste em abstrato e em concreto. Assim, quando o Poder Legislativo elabora as leis cominando sanções para aqueles que transgredirem a norma proibitiva, surge para o Estado o *jus puniendi* em “*abstrato*”. Agora, quando uma pessoa coloca em prática a conduta que era proibida pela norma penal, o *jus puniendi* sai do “*plano abstrato para o concreto*”, pois, neste instante o Estado tem a obrigação de impor a pena a quem infringiu a conduta proibida (2006, p. 10).

Conclui Batista que o *jus puniendi* é “tomado em consideração no momento legislativo (supondo-se, assim, uma anterioridade sobre o *jus poenale* – o direito penal objetivo) e também no momento judicial, após a violação da lei penal (2001, p.106).

Desse modo, é o Estado que detém o poder punitivo e o exerce por meio do Direito Penal, ressaltando Boschi que “O *jus puniendi* ou direito de punir constitui manifestação da soberania estatal [...]” (1987, p. 17).

O autor Aníbal Bruno, contrariando muitos doutrinadores, sustenta que:

O que se manifesta no exercício da Justiça Penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Reduzi-lo a um direito subjetivo falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado (2003 p.9).

E seguindo o raciocínio de Aníbal Bruno, Nucci afirma que, embora alguns autores denominem direito penal subjetivo como direito de punir do Estado, que surge após o cometimento da infração penal, não existe “propriamente um direito penal subjetivo” (2009, p. 59).

No que tange ao fundamento do direito penal subjetivo, Gomes aduz que o fundamento do direito penal subjetivo é “histórico”, porque “historicamente sabe-se que o Estado passou a exercer e assumiu o poder de castigar, monopolizando o uso

da violência legítima”, pois só o Estado pode garantir a proteção dos bens jurídicos essenciais; e “político” por o Estado passar por alguns modelos de Estado, o absolutista, o liberalista e o intervencionista, onde no Estado social ou intervencionista o poder punitivo “transformou-se então em um poderoso instrumento de Política Criminal em função da prevenção do delito” (2007, p. 359 e 360).

No que diz respeito à natureza jurídica do *ius puniendi* ou poder de punir, Gomes afirma que existem controvérsias, questionando assim se: “[...] trata-se ou não de um genuíno direito subjetivo do Estado?” Pois, alguns doutrinadores fazem essa indagação e preferem “falar em um *poder* (potestade) de castigar (não em direito subjetivo)” (2007, p. 361 e 362).

Gomes ainda continua lecionando que a natureza jurídica do “*ius puniendi*” passa por três momentos na edição das normas, resumindo assim:

[...] antes da criação da norma jurídica o Estado conta com o poder para editá-la. Depois de editada, o Estado conta com o direito subjetivo *in abstracto* de punir. Depois de infringida a norma, o Estado conta com o direito subjetivo concreto de aplicar a pena correspondente. [...]. Logo após o trânsito em julgado da sentença condenatória surge para o Estado o direito subjetivo de executar a pena concretamente fixada [...] (2007, p. 366).

O Estado é detentor desse poder punitivo, direito subjetivo ou poder, *potestas ou ius*, e nele encontra-se fundamento, natureza jurídica, e a ele também se impõe limites, pois todo poder dentro do Estado Constitucional, como democrático de direitos, não é um poder absoluto, sendo que se submete a limites.

Assim, alguns autores afirmam que o poder punitivo é limitado pela lei, outros afirmam que é pelo processo. Tourinho Filho elucida que:

[...] embora o Estado detenha o *jus puniendi*, não poderá fazê-lo atuar com uso direto da força. [...]. Reconheceu, portanto, o Estado que o *processo*, mesmo para as relações jurídico-penais, é fator indispensável, pois visa proteger os cidadãos contra os abusos do Poder Público (2006, p.12 e 13).

Gomes concorda que é pela superioridade jurídica e moral do estado e dos cidadãos de vida ilibada frente ao agente do crime que se configura o poder punitivo do Estado, não como direito subjetivo, mas como um poder soberano (2007, p. 363).

A respeito do tema, ressalta Boschi (1993, p.14) que não é “auto-executável” o poder punitivo do Estado, necessitando, desta forma, se submeter ao

devido processo legal, o qual é garantido constitucionalmente tendo observado todos os pressupostos de condição da ação.

Para o doutrinador Noronha, o poder punitivo do Estado auto se limita por meio da lei, pois quando é editada uma norma impondo uma conduta, o Estado está dizendo em relação a ela como é seu comportamento e ainda dando existência aos direitos em desfavor dele mesmo. Assim, “O direito penal subjetivo delimita-se, portanto, com o direito penal objetivo” (2006, p. 7 e 8).

E, no mesmo entendimento, Aníbal Bruno afirma que é o conjunto de normas jurídicas penais, as quais formam o Direito Penal, que controlam a ação estatal na luta contra o crime (2003, p. 3).

Dias elucida, no que diz respeito ao direito processual penal, que cabe a ele regulamentar juridicamente o modo em que o Estado realiza a prática do poder punitivo (2007, p. 6).

Portanto, o poder punitivo do Estado é o poder e dever que ele tem de aplicar a norma jurídica penal ou o direito penal substantivo, por meio do devido processo legal, que diz respeito ao direito processual penal, ao autor da conduta proibida, sendo limitado por normas e princípios.

Ademais, no que se refere ao poder punitivo estatal, não se pode deixar de suscitar as limitações sofridas por princípios, dentre os quais o Princípio da Legalidade, Intervenção Mínima, da Dignidade Humana, da Culpabilidade, entre tantos outros.

Gomes leciona que não se pode deixar de concluir que são no número de doze, os princípios mais importantes que limitam a atuação do Estado, quais são: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, esses vinculados com a precípua função do Direito Penal; princípio da exteriorização, da legalidade do fato e da ofensividade, em que esses são vinculados com o fato do agente; princípio da responsabilidade pessoal, da responsabilidade subjetiva, da culpabilidade e da igualdade, vinculados assim com o agente do fato; e os princípios da proibição da pena indigna, da humanização das penas e da proporcionalidade, esses então vinculados com a pena, sendo que desse último decorre outros (2007, p. 371).

Leciona Batista, no que diz respeito ao princípio da legalidade, que: “[...] constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (2001, p. 65).

E continua, corroborando que:

Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei (2001, p.67).

Portanto, não há crime nem pena sem lei anterior que os defina (*nullun crimen, nulla poena sine lege*).

Por fim, Boschi aduz (1993, p. 15 e 17) que o “exercício em juízo” desse direito de punir do Estado dar-se-á pelo Ministério Público, por meio do Promotor de Justiça, o qual promove a “*jus perseguendi in juditio*”, por meio da ação penal pública, bem como por meio do ofendido quando o estado atribui a ele essa iniciativa.

Sem esquecer que a apuração de qualquer delito inicia-se com a abertura do inquérito policial, havendo uma exceção, que no caso de serem oferecidos ao MP os elementos de convicção necessários por qualquer pessoa do povo para a propositura da ação penal, este estará apto, caso contrário, sendo os elementos insuficientes faz-se necessário a instauração do inquérito policial (MEDEIROS, 1995, p. 47).

2.2 Ação penal e poder punitivo de Estado

O direito de punir é de propriedade do Estado, e por meio dos órgãos jurisdicionais é imposta a pena, seguindo o devido processo com a instauração da ação penal (TOURINHO FILHO, 2006, p. 15)

Cumprir salientar que o Estado, no uso de sua soberania, concede ao Ministério Público o “pode-dever de representá-lo”, e esse com posse das informações necessárias (*notitia criminis*) deve oferecer a denúncia, constituindo a ação penal, em razão do poder punitivo do Estado (BOSCHI, 1987, p. 22).

Nos casos em que a ação penal é exercida como exceção pelo ofendido, fica ainda ele dependente das decisões do juiz, pois, mesmo sendo exercida a proteção do *jus puniendi* pelo interessado, isso não significa a sua “outorga” (BOSCHI, 1993, p. 15).

Boschi ainda comenta que alguns doutrinadores descrevem que nesses casos, quando o ofendido é legitimado está se “camuflando” uma vingança do mesmo, mas pensa o citado autor que somente o ofendido agiria privativamente, ou seja, como um justiceiro, se ele próprio impusesse a pena àquele que infringiu a norma, sem interferência do “Estado-juiz” (1993, p. 15).

Quando a ação penal pública for condicionada, a representação do ofendido ou a requisição Ministro da Justiça está se legitimando o particular, de acordo com sua vontade de imputar crime àquele que infringiu a norma, autorizando o representante do Estado, o Ministério Público, para propositura da ação penal.

2.3 Ação penal: conceito e fundamento

Para trás ficou a época em que ocorria a vingança pelas próprias mãos dos particulares, onde com a vida se cumpria a pena. A Lei de Talião, que era chamada de lei do “olho por olho, dente por dente”, e limitava a vingança privada, foi superada. Desta forma, então, representando a sociedade, o Estado assumiu o poder de punir, mas ainda cabia ao prejudicado provocá-lo. Já em um segundo momento, percebe-se que alguns crimes prejudicam a sociedade num todo, e não somente o particular, procedendo-se à divisão dos crimes em públicos e privados. Em outro momento, percebendo que ainda muitos violadores não eram punidos como devido, surge para o Estado a “necessidade” de prosseguir com a perseguição de ofício, sem a prévia iniciativa do ofendido (AQUINO e NALINI, 1997, p. 91).

Consoante ensina Alberto Silva Franco e Rui Stoco, que ao passar o direito de punir para as mãos do Estado, elaborou ele mecanismos para resolver os litígios gerados na sociedade. Assim, é a ação penal “que vai movimentar os órgãos jurisdicionais do Estado para que a sanção seja ou não imposta” (2007, p. 496 e 498).

O Estado, ao proibir o particular de realizar justiça por suas próprias mãos, como administrador da justiça que passou a ser, instituiu órgãos adequados, conferindo ao cidadão o direito, esse subjetivo, de invocar a proteção do Estado por meio desses órgãos, levando ao seu conhecimento o litígio para que haja a

aplicação da devida sanção, constituindo, esse direito do particular, o fundamento para o direito de ação, que repousa na proibição da autodefesa.

A ação penal se fundamenta constitucionalmente, e é realçada nos incisos XXXV, LIII, LV e LV do artigo 5º da Carta Magna, na autolimitação do *jus puniendi* (TOURINHO FILHO, 2006, p. 294, 295 e 298).

Tourinho Filho comenta que o Estado, ao chamar para si a administração da justiça, não coibiu terminantemente a autodefesa e autocomposição (2006, p.291).

Nucci leciona que a vedação da autocomposição e da autodefesa é a regra, porém, há exceções, como a legítima defesa, sendo uma forma de autodefesa em que o Estado permite em determinadas situações, e também a transação como forma de autocomposição nas infrações de menor potencial ofensivo, de acordo com a lei 9.099/95 (2010, p.571).

Divergindo de Tourinho Filho e Nucci, o mestre Paulo Rangel afirma que a Transação Penal proposta nos Juizados Especiais Criminais não se trata de autocomposição, visto que o cidadão terá que escolher entre pena de multa ou restrição de direitos, não podendo optar por uma solução diversa, e há para tanto a intervenção do “Estado-juiz” (2007, p. 199 e 200).

Portanto, o Estado confere aos cidadãos o direito de invocar a tutela jurisdicional criminal para que seja solucionada a lesão ou ameaça a direito. O Estado concretiza tal direito por meio de seus órgãos competentes que, com a abertura de inquérito policial e o posterior oferecimento da denúncia, possuindo ela elementos suficientes, ou seja, a materialidade do fato e veementes indícios de autoria, passando à propositura da ação penal.

Ação penal é “[...] o direito de exigir a prestação jurisdicional-criminal (que tem por objeto a aplicação da lei penal). Direito este que tem por titulares tanto o autor como o réu do processo criminal” (MEDEIROS, 1995, p. 17).

Nas palavras de Lopes a ação penal: “[...], é o direito de provocar a jurisdição, por via do devido processo legal, no exercício da pretensão punitiva contra o acusado da prática de um fato típico” (1999, p. 247).

E para os doutrinadores mais modernos, como Bitencourt, a “Ação é, pois, é o direito de invocar a prestação jurisdicional, isto é, o direito de requerer em juízo a reparação de um direito violado” (2000, p. 650).

Batisti conceitua que: “[...], AÇÃO PENAL é o direito de pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante” (2007, p. 15).

Já Nucci, em seu Manual de Direito Penal, conceitua a ação penal como “[...] o direito de pleitear ao poder judiciário a aplicação da lei penal ao caso concreto, fazendo valer o poder punitivo do Estado em face do cometimento de uma infração penal” (2010, p. 571).

Leciona também Batisti, que a ação penal se desenvolve por meio do processo, o qual segue procedimentos impostos pelo Código de Processo Penal e outras leis, se submetendo a um rito (2007, p. 15 e 16).

Flávio Meirelles de Medeiros aduz ainda, em sua doutrina Da Ação Penal, que a propositura da ação penal não significa que exista um crime propriamente, pois pode ocorrer o seu “exercício” sem haver o delito, como é o caso em que reconhecida a inexistência do crime, é absolvido o cidadão no fim do processo (1995, p. 17).

Muitos doutrinadores afirmam que a natureza jurídica da ação penal é “penal” (MEDEIROS, 1995, p. 18; AQUINO e NALINI, 1997, p. 92).

No entanto, Paulo Rangel diverge afirmando que lhe é claro que mesmo a ação estando contemplada no Código Penal e no Código de Processo Penal, não se deve concluir por uma natureza mista, pois face a sua autonomia e abstração trata-se de norma de natureza processual (2007, p. 203).

Por fim, é por meio da ação penal que o representante do Estado realiza a “justiça” tão desejada pela sociedade (Nucci, 2010, p.572).

Dessa forma, imprescindível examinar os tipos de ações penais previstas no Código Penal, quais são: Ação Penal Pública e Ação Penal Privada, analisadas a seguir.

2.4 Classificação da ação penal

Consoante o próprio dispositivo do Código Penal, o artigo 100, pode-se obter a classificação da ação penal: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.” (BRASIL, 2010-B).

A ação penal é, via de regra, pública, podendo ser incondicionada ou condicionada à representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, segundo o parágrafo 1º, do artigo 100 do Código Penal, ex vi:

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (BRASIL, 2010-B).

E a ação penal privada pode ser exclusivamente privada ou personalíssima e privada subsidiária da pública, conforme o §2º e §3º, do artigo 100, do já citado Código:

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (BRASIL, 2010-B).

Essa classificação, em pública e privada, depende do sujeito que a promove, pois, se pública cabe ao Ministério Público, e se privada é intentada pelo ofendido (FRANCO e STOCO, 2007, p. 498).

Os doutrinadores Xavier de Aquino e Renato Nalini a respeito da natureza da ação penal lecionam que:

Se a natureza da infração faz preponderar o interesse da coletividade, está-se diante da *ação penal pública*. Predominado, ao invés, o interesse do ofendido, a lei pode designar a este atribuição de intentar a ação penal que será então, *ação penal privada* (2009, p. 124).

Desta forma, para saber-se qual espécie de ação penal, Nucci afirma que quando o artigo não fizer referência a qual tipo de ação, ou seja, for omissivo, a ação penal será pública incondicionada, e nos outros casos o próprio artigo prevê a espécie (2010, p. 572).

Desse modo, segundo Batisti, “[...] sabe-se que a ação penal é pública quando a lei nada diz em contrário, sendo, portanto, regra que a ação penal seja pública” (2007, p. 18).

A ação penal, então, classifica-se em pública e privada, e, ambas se subdividem, porém a regra é a propositura da ação penal pública, e a exceção é quando o ofendido toma para si a decisão de punir o agressor, constituindo a ação

penal privada. Para melhor compreender o tema, continua-se a abordagem teórica minuciosamente a seguir.

2.4.1 Ação penal pública

Percebe-se que a ação penal é definida como pública quando o Estado percebe a necessidade em trazer para si a legitimidade para promover esta. Diz-se pública: “[...] a Ação Penal, quando é proposta pelo Ministério Público nos crimes de ação pública” (MEDEIROS, 1995, p. 20).

Já para Xavier Aquino e Renato Nalini, diz-se ação penal pública aquela: “[...] que incumbe à comunidade, interessada na repressão do delito, e vem a ser exercida pelo Ministério Público, organismo estatal encarregado da função de assistir oficialmente a sociedade” (2010, p. 124).

A respeito da ação penal pública, Bitencourt também leciona que:

O Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública (art. 129, I, da CF), que se inicia com o oferecimento da denúncia em juízo e deverá conter a narração do fato criminoso [...], a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (art. 41 do CPP) (2000, p. 651).

Diante da classificação vislumbrada, Prado (2007, p.812 e 813) acentua que a parte legítima para dar prosseguimento à ação penal pública é o “Estado”, o fazendo através do Ministério Público, órgão competente, por seu Promotor de Justiça, utilizando-se a peça acusatória, qual seja a denúncia, sendo essa o único meio apto à propositura da ação penal. E qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção (artigo 27, CPP).

Com todos os dados em mãos, poderá então, o Ministério Público, por meio de seu representante, oferecer a denúncia, que é o exclusivo meio apto para a propositura da ação penal, ou pedir o arquivamento do inquérito policial.

Consoante Leonir Batisti, os princípios que regem a ação penal pública são: oficialidade – em que a ação penal pública é exercida pelo órgão oficial, o

Ministério Público; indisponibilidade – o Ministério Público, por seu promotor, tem o dever de prosseguir com a ação penal pública, ou seja, não pode desistir da mesma, conforme preceitua o artigo 42 do CPP, bem como do recurso; ainda cita o da indivisibilidade, que segundo o mesmo todos os que praticaram o fato delituoso obrigatoriamente respondem por tal na mesma ação; e o da intranscendência – seria a “integralização da esfera penal e civil”, como por exemplo, os crimes de trânsito (2007, p. 19 - 20).

Já para Medeiros, regem a ação penal pública apenas: “obrigatoriedade, indisponibilidade e oficialidade”. Assim, também chamado o princípio da obrigatoriedade de princípio da legalidade, o Estado tem o dever de movimentar o direito penal, promovendo a ação penal, e caso o Ministério Público entenda que as informações não são suficientes, poderá pedir o arquivamento da peça informativa apresentando razões, essas fundadas na não existência de indícios suficientes do crime ou da autoria, não significando mitigação do princípio da legalidade; indisponibilidade porque veda a desistência do Ministério Público da ação penal (art. 42 do CPP); e da oficialidade porque somente o órgão “*oficial*”, o Ministério Público, pode promover a ação penal (1995, p. 23 – 26).

Em se tratando de ação penal pública, salienta-se que a mesma subdivide-se em incondicionada e condicionada, e nas duas modalidades cabe exclusivamente ao Ministério Público a propositura da ação (RANGEL, 2007, p. 203).

2.4.1.1 Ação penal pública incondicionada

Promovida sempre pelo Ministério Público, quem é parte legítima para tanto, e como o próprio nome faz menção, incondicionada, significa dizer que não há sujeição às condições, ou seja, a ação penal pública incondicionada não está restrita a condições para ser promovida pelo órgão estatal.

Segundo o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “incondicional” significa: “Não sujeito a condições; absoluto, irrestrito. [Pl.: –nais.]” (2005, p. 470).

Desse modo, ação penal pública “[...] incondicionada é aquela cuja propositura cabe exclusivamente ao Ministério público, sem depender da concordância do ofendido ou de qualquer outro órgão estatal (art.100, caput, CP)” (NUCCI, 2010, p.573).

Segundo Franco e Stoco: “Diz-se que a ação é pública incondicionada quando independe, para seu ajuizamento da vontade do titular do bem jurídico violado. É também chamada de ação penal pública plena ou independente [...]” (2007, p. 498).

E corrobora, ainda, Jair Leonardo Lopes, afirmando que:

A ação penal pública de que aqui se tratou, é chamada ação penal pública *incondicionada*, porque a iniciativa do Ministério Público não depende de manifestação de vontade da vítima do crime ou de qualquer pessoa (1999, p. 249).

Nos dizeres de Edilson Mougnot Bonfim:

Por essa espécie de ação penal a regra em nosso direito sempre que houver silêncio da lei, omitidas as expressões “somente se procede mediante representação”, ou “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça”, ou ainda, “somente se procede mediante queixa”, estar-se-á diante de uma ação penal pública incondicionada (2007, p. 41).

E a regra geral é a ação penal pública incondicionada, segundo Bitencourt (2000, p. 651).

Assim, caindo na regra geral, o Ministério Público promoverá privativamente a ação penal pública incondicionada com o oferecimento da peça acusatória, que é a denúncia, independentemente da vontade da vítima.

No que se refere à legitimidade para propor ação penal pública, a Constituição Federal de 1988, no inciso I, do artigo 129, deixa límpido a quem compete, a saber: “art. 129, I: São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 2010-A).

E o Código Penal, artigo 100, §1º, aduz:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (BRASIL, 2010-B).

Por fim, conforme Xavier de Aquino e Renato Nalini, nessa ação penal pública, por eles chamada de “*principal*”:

[...] basta a simples *notitia criminis* para que a autoridade policial mande instaurar o investigatório. Chegando o inquérito ao Ministério Público, este oferecerá a denúncia, pedirá o arquivamento ou requisitará diligências. Em relação a esse tipo de ação penal, vige o princípio da *obligatoriedade* e o da *indisponibilidade* (2009, p. 128).

Significa que para o Ministério Público, bastando a caracterização da prática de um crime, não precisa da anuência ou “manifestação de vontade” de qualquer pessoa para iniciar a ação penal pública incondicionada (BITENCOURT, 2000, p. 652).

Entretanto, alguns crimes de ação penal pública dependem de uma condição, não podendo a denúncia ser oferecida sem o consentimento do ofendido, ou seja, da representação da vítima ou de seu representante legal e da requisição do Ministro da Justiça.

2.4.1.2 Ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça

Pode-se dizer que a ação penal pública condicionada é aquela que se encontra subordinada a uma condição, ou seja, à manifestação de vontade externada pelo ofendido ou pelo ministro da Justiça, mas quem continua promovendo a ação ainda é o Ministério Público. Isto porque nem sempre a ação penal pública tem caráter publicístico absoluto, pois tem casos em que o Estado condiciona ao interesse do indivíduo a decisão de incitar a atividade persecutória, que são os casos em que afetam “profundamente a esfera íntima” do mesmo. O fundamento para tal é que a propositura da ação penal de forma incondicionada pode gerar uma gravidade maior para a intimidade pessoal da vítima do que de quem cometeu a infração penal. Assim, entre o conflito entre a esfera pública e a particular, o Estado deixa a critério do indivíduo a punição (PRADO, 2007, p.812, 813 e 815)

Essa condição de procedibilidade está subordinada a representação do ofendido, ou quem tenha legitimidade para representá-lo e a requisição do Ministro da Justiça.

A respeito da representação, o doutrinador Paulo Rangel, vai além e diz que sem representação:

[...] não haverá exercício regular do direito de agir, pois o ofendido não permitiu que a ação fosse proposta pelo Ministério Público. Não se trata de intervenção do particular na atuação estatal. Não, mas apenas uma providência de ordem pública com o escopo de evitar que um crime não tão grave seja levado ao conhecimento do judiciário contra a vontade de quem sofreu a ação criminosa (2007, p. 262).

Nessa espécie de ação penal pública, o Estado apenas “[...] atribui ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal” (BITENCOURT, 2000, p. 652)

Conforme conceitua Lopes (1999, p. 250), representação é uma “[...] manifestação de vontade do ofendido, ou de quem o represente, no sentido de que sejam tomadas as providências cabíveis para o fim de apurar-se o crime, de que se diz vítima, e punir-se o autor”. E a requisição “[...] é ato de natureza política através do qual o Ministro da Justiça autoriza a propositura da ação penal por parte do Ministério Público em determinados delitos” (MEDEIROS, 1995, p. 32).

Ainda sobre o tema, Bonfim ensina que requisição “[...] é a autorização, baseada em razões políticas, para que o Ministério Público promova a ação penal pública para a persecução de determinados crimes [...]” (2007, p. 43).

Tanto a representação como a requisição, não requerem uma forma exclusiva, apenas devendo conter os dados necessários ao deslinde do fato e da autoria do delito. E, a representação pode ser exercida pelo ofendido ou procurador com poderes especiais, sendo que, tiver menos de 18 (dezoito) anos será feita por representante legal e, caso falecer, ou declarado ausente, passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, seguindo sempre a ordem legal, o direito de representação (artigo 24, §1º e artigo 39, todos do CPP) (BONFIM, 2007, p. 42 e 43).

Se o ofendido é incapaz, seja por idade inferior a 18 (dezoito) anos ou por enfermidade mental, e não possui um representante legal, o juiz, de ofício ou a

requerimento, nomeará um curador especial para verificar se é conveniente realizar a representação (CPP, art. 33) (CAPEZ, 2007, p. 533).

Explicita o artigo 24, e seu §1º, do CPP, *in verbis*:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (BRASIL, 2010-C).

Assim, o mestre Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

Na ação penal pública condicionada há uma relação complexa de interesses, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas iniciada a ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público (2000, p. 652).

Quando Bitencourt, na citação acima, afirma que já iniciada ação penal se prosseguirá até o fim, quer dizer que antes de o Ministério Público oferecer a denúncia, poderá o ofendido se retratar.

Ensina Xavier de Aquino, que a retratação tem que ser exercida antes do pedido de instauração da ação penal. É um pedido de retirada da representação feita pelo ofendido, ou seja, desistência, assim chamada de retração da representação. Portando, oferecida a peça acusatória, a denúncia, não mais poderá ser retirada a representação, continuando, assim, autorizado o Estado para promovê-la (2009, p. 128).

Assim, dispõe o Código Penal em seu artigo 102: “Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia” (BRASIL, 2010-B).

E o Código de Processo Penal dispõe sobre a retratação em seu artigo 25, *in verbis*: “Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.” (BRASIL, 2010-C).

Edilson Mougenot Bonfim aduz que a maioria dos doutrinadores entende ser possível a retratação da retratação, ou “revogação da retratação” quando o ofendido oferece novamente a representação, quando já houver se retratado (2007, p. 43).

Nesse sentido, Medeiros diz que a retratação da retratação: “É possível. Não há nenhum dispositivo legal que impeça a retratação da retratação, ou seja, que a representação seja renovada após a retratação” (1995, p. 44).

O autor ainda diz que é possível a retratação da requisição, podendo aplicar, por analogia, o artigo da retratação da representação. Contrariando o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual entende que não é possível (MEDEIROS, 1995, p. 33 e 44).

A representação tem que ser feita dentro do prazo de 06 (seis) meses, a partir de quando se tome conhecimento de quem é o autor do crime, assim, claro o artigo 38, “caput” do Código de Processo Penal:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2010-C).

Mostra o Código Penal, artigo 103, como se segue:

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia (BRASIL, 2010-B).

Para esclarecer, quando se fala em decadência, está-se referindo à perda do direito não exercido no prazo legalmente previsto, nas ações penais não iniciadas. Assim, a decadência atinge o direito de ação, a extinguindo, e, por consequência, o direito de punir, pois, desaparecido o direito de ação, não pode o Promotor Público agir.

Segundo José Frederico Marques, no livro Tratado de Direito Penal, pode-se dizer que: “A decadência é a extinção do direito de ação do ofendido pelo decurso de tempo. Por [...] consequência, ela atinge o próprio direito de punir, uma vez que o Código Penal a incluiu entre as causas de extinção da punibilidade” (1999, p. 491).

Conclui-se, assim, que os crimes puníveis por ação penal pública condicionada, afetam diretamente o íntimo do particular e por esse motivo lhe foi dada a conveniência de decidir se representa ou não, mas a iniciativa é pública, ou

seja, o Ministério Público faz a denúncia e prossegue ação penal, após a representação ou requisição, continuando, o Estado com o direito de punir.

2.4.2 Ação Penal Privada

Como a própria nomenclatura faz referência, a ação penal privada é aquela em que o Estado abre mão da legitimidade ativa para dar ao particular a opção de punir ou não seu agressor. E tem como principal nascedouro, segundo Delmanto:

[...] o interesse estatal em *priorizar o resguardo da vítima*, em determinados crimes, das mazelas que o próprio processo pode ensejar como a possibilidade de sua exposição pública, mesmo que ela corra em segredo de justiça, [...], apesar da impunidade do criminoso ser danosa ao interesse social, [...] (2007, p.285).

Segundo Fernando Capez, o fundamento para o ofendido proponha a ação penal é “evitar que o *streptus judicii* (escândalo do processo)” cause um infortúnio maior do que deixar impune o autor do crime (2007, p. 451).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, a ação penal privada:

[...] é a transferência do direito de acusar do Estado para o particular, pois o interesse na existência do processo e, conseqüentemente da punição, é eminente privado (art. 100, §2º, CP). Note-se que não é a transferido o direito de punir, mas tão-somente o direito de agir (2010, p. 573).

Portanto, na ação penal de iniciativa privada, o titular é o ofendido ou quem tenha legitimidade para tanto, agindo como um substituto processual. O Estado somente dá ao particular o direito de “perseguir em juízo”, continuando com o direito de punir, pois lhe pertence exclusivamente. Assim, o particular, através da peça inicial, chamada de queixa-crime, apenas dá início à ação penal (RANGEL, 2007, p. 220 e 221).

No que concerne á ação penal privada, traz o artigo 100, e o § 2º do Código Penal que “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 2010-B). Já o § 2º aduz que “A ação de

iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo” (BRASIL, 2010-B).

No que tange a titularidade da ação, no caso de falecer ou for considerado ausente, regula o Código de Processo Penal a sucessão processual, em seu artigo 31, *in verbis*: “Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão” (BRASIL, 2010-C).

Se o ofendido tiver idade inferior a 18 anos poderá estar em juízo, porém os atos do processo deverão ser praticados por representante legal (art. 34, CPP), do mesmo modo, se for incapaz por enfermidade mental, e se nos dois casos não tiverem representante legal, o juiz nomeará um curador especial, que igualmente ao ofendido decidirá se intenta a ação penal privada ou não, pois o princípio que vige nessa ação penal é o da conveniência ou da oportunidade (RANGEL, 2007, p. 225).

Como é uma exceção, o texto legal sempre informa, bem como ocorre na ação penal condicionada, que em determinado crime apenas “se procede mediante queixa”. Dessa forma, verifica-se que para o início da ação penal privada necessita-se do oferecimento da queixa, não se confundindo com a notícia de um crime, chamada de queixa pela autoridade policial (BITENCOURT, 2000, p. 653).

É dirigida pelo princípio da oportunidade ou conveniência, segundo o qual o ofendido, se quiser promover a ação penal privada, se lhe for oportuno, ou se lhe é conveniente esta iniciativa; pelo princípio da disponibilidade, que propondo a ação penal privada, poderá o ofendido a qualquer tempo desistir da mesma; pelo princípio da indivisibilidade que significa dizer que deve ser proposta contra todos os autores do fato, pois a ação penal não é um instrumento de vingança, e sim de justiça; e o princípio da intranscendência, o qual não admite a proposição da ação penal em face de pessoa que não tem nada a ver com a autoria do crime (RANGEL, 2007, p. 237 e 238).

Ainda, pertinente a essa ação penal, não se pode deixar de tratar a respeito do perdão e da perempção.

Nos dizeres de Paulo Rangel, o perdão é uma benevolência concedida pelo particular, ofendido, ao autor do fato, o querelado, constituindo uma das causas de extinção da punibilidade, pois obsta que ação prossiga, conforme o artigo 107, V, do CP e 105 do mesmo diploma legal. Pode ser, no que tange a forma, tácito ou expresso. A perempção diz respeito a uma sanção dada ao ofendido por abandonar

a ação. Somente pode ocorrer no curso dela, e admissível somente nas ações penais de iniciativa privada (2007, p. 238 e 239).

Ainda, Delmanto aduz que se pode desistir da ação penal privada a qualquer tempo, antes de transitada em julgado a sentença. É indivisível, pois tem que ser promovida contra todos os infratores, se houver mais de um, sob pena de acontecer à renúncia tácita (2007, p. 285)

A ação penal privada pode ser exclusivamente privada, em que é promovida pelo ofendido ou seu representante (art. 100, §2º do CP), como pode ser subsidiária da ação penal pública, quando o Ministério Público resta inerte quanto à ação penal pública, não realizando os atos que lhe compete para oferecer a denúncia, bem como requerer arquivamento, diligências necessárias, podendo o ofendido iniciá-la substituindo o Ministério Público (art. 100, §3º do CP).

Assegura a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIX, *in verbis*: “LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

No que diz respeito à renúncia, conforme o artigo 107, inciso V, do Código Penal, a saber: “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada” (BRASIL, 2010-B). Dessa forma, se antes de iniciar a ação penal privada, o particular manifestar sua vontade de não exercer o direito de queixa contra o autor do fato, extingue-se a punibilidade deste, caracterizando, assim, a renúncia, a qual é trazida na norma penal como sendo uma causa de extinção da punibilidade.

Tem-se que a renúncia pode se dá de duas formas, de acordo com o artigo 104, “caput” do CP (BRASIL, 2010-B): expressa ou tacitamente.

A forma tácita é regulada pelo parágrafo único, primeira parte, do artigo 104 do CP, em que pese: “Parágrafo único - Imposta renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo [...]” (BRASIL, 2010-B).

Já a expressa, é regulada pelo artigo 50 do CPP, o qual diz: “Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais” (BRASIL, 2010-C).

A ação penal privada também pode ser intentada por pessoa jurídica “legalmente constituída”, mas tem que serem representadas por designado em seus

“atos constitutivos” ou, no silêncio, por seus “sócios-gerentes” (art. 37 do CPP) (BONFIM, 2007, p. 48).

Por fim, classifica-se a ação penal privada em ação penal privada exclusiva de iniciativa privada ou propriamente dita, ação penal privada personalíssima e ação penal subsidiária da pública.

2.4.2.1 Ação penal privada exclusiva

Conforme o §2º, do artigo 100 do Código Penal é privativo do particular o interesse em propor a ação penal privada, podendo somente por ele, sucessores ou representante legal o exercício de tal (BRASIL, 2010-B).

Aduz Cezar Roberto Bitencourt que nas “[...] hipóteses em que, na avaliação do legislador, o interesse do ofendido é superior ao da coletividade, o Código atribui àquele o direito privativo de promover a ação penal” (2000, p. 653).

Ainda, Bitencourt afirma que muitos doutrinadores criticaram essa ação penal, alegando de que se trataria de uma vingança particular. Entretanto, ao particular apenas lhe é conferido a legitimidade para intentar a ação penal e movimentá-la, terminando com a sentença condenatória, pois a execução cabe tão somente ao Estado (2000, p. 653).

A respeito do tema, o doutrinador Tourinho Filho esclarece que ação penal exclusivamente privada é:

[...] aquela cujo exercício compete ao ofendido ou aquém o represente; se o ofendido morrer ou for declarado ausente por decisão judicial, o direito de queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; [...] (2006, p. 466 e 467).

Do mesmo modo, o mestre Edilson Mougenot Bonfim explica que ação penal privada exclusiva:

Também chamada de ação privada propriamente dita ou privada principal, é aquela [...], cuja apuração e julgamento ficam sujeitos à exclusiva iniciativa do ofendido. A lei privilegia a posição da vítima, [...], evitando-lhe, nesses casos, indesejáveis e desnecessários constrangimentos. Por se tratar de exceção, a lei mencionará expressamente os casos em que se procederá somente mediante queixa” (2007, p. 48).

Menciona ainda que depois de oferecida a queixa, o Ministério Público poderá aditá-la no prazo de 3 dias (art. 46, §2º, do CPP), atuando como fiscal da lei, devendo intervir em todos os termos subseqüentes (BONFIM, 2007, p. 48).

Portanto, ação penal exclusiva de iniciativa privada ou privada propriamente dita ou, ainda, privada principal, é aquela em que para ser proposta necessita que o ofendido, por meio do oferecimento da queixa, que é uma peça acusatória como a denúncia, promova a ação penal, e dentro do prazo de seis meses como já suscitado para as ações penais privadas.

2.4.2.2 Ação penal privada personalíssima

Em alguns casos somente o ofendido poderá iniciar a ação penal, não se permitindo a mais ninguém. Por isso é chamada de ação penal privada personalíssima.

São ditas personalíssimas por que não há possibilidade de o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão suceder o ofendido, “[...] extinguindo-se o direito com a morte de seu único e exclusivo titular, o ofendido” (BONFIM, 2007, p. 48).

Cabível em caso de “induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, segundo preleciona o artigo 236 do Código Penal, em que “somente” poderá propor a ação penal privada, o contraente enganado (RANGEL, 2007, p. 247).

Igualmente leciona Tourinho Filho que diz que no “Direito pátrio”, têm-se apenas um caso de ação penal privada personalíssima, que é no caso de “crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, que segundo o artigo 236 do Código Penal somente o enganado, depois de transitada em julgado a sentença que anulou o casamento por esse motivo, pode ele propor a ação penal, dependendo sempre de queixa (2006, p. 467).

No que tange ao assunto, continua ensinando Tourinho Filho que se o cônjuge enganado chegar a falecer, diferentemente da ação penal privada exclusiva ou subsidiária da pública, extingue a punibilidade, pois não ocorrerá a sucessão do “direito de queixa”. Além disso, se o cônjuge ofendido for incapaz por enfermidade

mental, não poderá exercer o direito de queixa por curador especial, extinguindo-se a punibilidade. Agora se o cônjuge ofendido possuir idade inferior a 18 anos poderá aguardar a maioridade penal e fazer uso desse direito (2006, p. 468).

2.4.2.3 Ação penal privada subsidiária da pública

A ação penal subsidiária da pública é a única exceção, prevista na Constituição Federal, à regra da exclusiva titularidade para proposição da ação penal pública, que é do Ministério Público (CAPEZ, 2007, p. 544).

Dispõe o artigo 5º, inciso LIX da CRFB, *in verbis*: “LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;” (BRASIL, 2010-A).

Também se encontra no §3º do artigo 100, do Código Penal, *ex vi*: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.” (BRASIL, 2010-B).

No Código de Processo Penal:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal (BRASIL, 2010-C).

Também se deve atentar-se para o prazo de oferecimento da mesma, pois segundo o artigo 38, “caput” do Código de Processo Penal:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa [...], se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado [...], no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2010-C).

Desse modo, deve ser proposta dentro do prazo de 6 (seis) meses, o qual é decadencial, a contar da data do encerramento do prazo para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, de acordo com os artigos 29 e 38, “caput”, última parte, do CPP (CAPEZ, 2007, p. 544).

Importante salientar que a ação penal privada subsidiária da pública é cabível desde muitos anos atrás. Para o doutrinador Oliveira e Silva:

Seria um absurdo que o Estado cerceasse ou coagisse, com restrições, o direito de queixa da parte do cônjuge sobrevivente, filhos, pais ou irmãos da vítima, limitando a ação pública ao capricho, negligência ou faciosismo de certos representantes do Ministério Público (1956, p.22).

Consoante Batisti, é cabível ao Ministério Público, em respeito ao princípio da oficialidade, promover a ação penal pública, porém, no caso de inércia do mesmo, cabe, então, ao interessado, por meio da queixa-crime, fazer avançar a ação penal privada. É cabível a subsidiária em relação à ação penal pública incondicionada e condicionada, representando assim a inércia quando transcorrido o prazo para o Ministério público oferecer a denúncia, e o não o faz. É necessário atentar-se para o prazo existente para o exercício da ação subsidiária pelo particular, que é de seis meses (2007, p. 26).

Sobre o assunto, Cezar Roberto Bitencourt leciona que o ofendido ou quem tem legitimidade para representá-lo, ao iniciar a ação penal subsidiária acaba:

[...] substituindo ao Ministério Público e à denúncia que iniciaria a ação penal. Contudo, o pedido de arquivamento, de diligências, de baixa dos autos, a suscitação de conflito de atribuições etc. não configura inércia e, conseqüentemente, não legitimam a propositura subsidiária de ação privada. Somente se o prazo de cinco dias para os réus presos e de quinze dias para réus soltos escoar sem qualquer atividade ministerial, aí sim haverá a possibilidade legal [...] (2000, p. 654).

Finalmente, a ação penal privada subsidiária somente é cabível no caso de inércia do Ministério Público, e nunca quando esse pede o arquivamento da ação penal, e esse direito decai dentro do prazo de seis meses.

3 O TIPO PENAL DO ESTUPRO COM LESÃO CORPORAL GRAVE E RESULTADO MORTE NA PREVISÃO ANTERIOR DO CÓDIGO E NOS PARÂMETROS DA NOVA LEI N° 12.015/09

Neste capítulo enfatizar-se-á a temática do crime de estupro, bem como a sua forma qualificada: lesão corporal grave e resultado morte; desde os anteriores conceitos e penas aplicadas, como também a espécie da ação penal, com base no Código Penal antes da edição da nova Lei 12.015/09 até o advento da lei citada, a qual modificou e suprimiu alguns artigos do diploma penal.

3.1 Do tipo penal de estupro na previsão anterior à Lei 12.015: uma abordagem doutrinária

O crime de estupro é tipificado no Código Penal, mais exatamente no artigo 213 do Título VI: “Dos Crimes contra os Costumes”, Capítulo I: “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Sendo que, com o advento da lei 12.015/2009, o Título VI do referido diploma passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Assim, tratar-se-á inicialmente um pouco da história desse crime. Constatando-se que esse assunto é muito mais antigo do que se imagina, cabe então à análise do tipo penal de estupro.

Ensina o mestre Edgard Magalhães Noronha, em seu livro Direito Penal, Volume 3, que os antigos povos já repeliam o estupro, e que as antigas legislações como as romanas, inglesas, espanholas e outras puniam o ofensor com a pena de morte (2003, p. 66). Em civilizações como a do Egito, a pena era a de mutilação, enquanto que em outras não era aplicada a denominação estupro (NORONHA, 2003, p. 66).

José Henrique Pierangeli salienta que:

[...] o acesso carnal ocorria mediante violência física ou moral, ou pelas manobras hábeis de sedução e fraude, e com tais expedientes o homem se punha em movimento em busca da satisfação sexual. Ainda que quase sempre ameaçado de penas cruelíssimas, como a morte, a mutilação, a castração ou o vazamento nos olhos, os fatos sempre ocorreram,

principalmente porque o agente sempre confiou na sua impunidade, mesmo porque esses delitos são cometidos em lugares ermos e afastados, o que torna a identificação do agente difícil (2007, p. 462).

E os nossos códigos, entre eles os de 1830 e de 1890, consideravam para configurar o crime a honestidade da vítima. Já o Código imperial distinguia a vítima, pois se caso fosse *mulher pública* ou *prostituta* tinha o agressor uma pena mais branda. O vocábulo ficou conhecido como estupro, pois era chamado antes de *stuprun violentum*, e foi após algum tempo que passou a ser mais conhecido como *violenza carnale*, bastante utilizado esse termo pelas legislações latino-americanas. O Código Imperial seguia a nomenclatura dos espanhóis que era *stuprun*, abrangendo todos os delitos carnais, contudo, foi com o Código de 1890 que o crime de estupro foi bem definido, o qual o conceituou como “[...] o ato pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”, disposto no seu artigo 269, se mantendo hodiernamente, e não perfaz nenhuma distinção como antigamente (PIERANGELI, 2007, p. 462 e 463).

Lembra bem Geraldo Batista de Siqueira, em artigo à Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, que:

No Código Criminal do Império do Brasil, terminologicamente tratávamos a matéria sob a rubrica, dos crimes contra a segurança da honra, [...] vinha o estupro (art.219: deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos). Na República, codificação de 1890: Dos crimes contra a segurança da honra e da honrabilidade das famílias e ultraje público ao pudor (art. 168) [...] estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Daí para frente a rubrica repousava nos costumes [...] (2010, p. 8 e 9).

Antes da lei n.12.015, que alterou os crimes sexuais, o crime de estupro era definido no Código Penal como: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)” (BRASIL, 2008).

Nas palavras do ilustre doutrinador Ariosvaldo de Campos Pires, constranger é obrigar, forçar, compelir. E a conjunção carnal seria a cópula normal (ato sexual), ou seja, a introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino seja parcial ou total. O autor ainda destaca que todos os delitos tipificados no capítulo “Dos crimes contra a liberdade sexual” ferem a liberdade da vítima de dispor sobre o corpo na relação sexual, em razão da lascívia (libido) do agente (1992, p. 36 e 38).

Pode-se afirmar que o que leva o agente à prática do crime de estupro é o objetivo de satisfazer sua libido, assim ato libidinoso é:

[...] o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque nas partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se os castos, furtivos ou brevíssimos [...]. Incluem-se os beijos voluptuosos, [...] com introdução da língua (NUCCI, 2010, p. 907).

Ensina Noronha que esse crime, anteriormente à Lei 12.015/09, tinha por *objeto jurídico* (bem jurídico tutelado) a liberdade sexual da mulher, desse modo o *sujeito passivo* do crime é a mulher unicamente; o *sujeito ativo* era sempre o homem; e a *ação física* praticada (meio empregado) exibia dois elementos: um é a conjunção carnal (sexual), que é a cópula vagínica (introdução do pênis no órgão sexual da mulher) e o outro, a violência ou a grave ameaça; o *elemento subjetivo* constitui-se pelo dolo específico, o qual tem o fim de obter a conjunção carnal com a vítima; quanto à *consumação e tentativa*: àquela se dava pela introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da vítima, assim, não existindo a introdução há apenas a *tentativa*, sendo indispensável que o ofensor deixe claro que a sua intenção seja a cópula carnal para que seja caracterizada a tentativa desse crime, e não de atentado ao pudor (2003, p. 66 - 83).

O doutrinador Noronha também salienta que a violência pode ser física ou moral: a primeira compõe-se no emprego de meios que anulem a resistência da vítima, por meio de “atos de agressão à integridade corpórea da ofendida”, devendo, portanto, recair sobre a pessoa ofendida; e a segunda, se recair sobre coisas, como exemplo, incendiar uma casa, e sob terceiros, ao sequestrá-lo pondo-lhe em risco de vida; e a grave ameaça é a promessa de fazer um mal à ofendida, objetivando a conjunção carnal, assim não será livre sua escolha (2003, p. 72 - 82).

Pires (1992, p. 88) bem como Noronha (2003, p. 79), enfim, aduz que tem que ser sincera a resistência da vítima ao constrangimento conforme a lei exige, furtando-se ao “gozo” do ofensor, e que o meio empregado “efetivamente impeça ou dificulte” sua reação.

Noronha ainda menciona que pode ocorrer *concurso de delitos e crime continuado*. O concurso no caso de estupro pode se dá com outros crimes até mesmo do próprio título do Código Penal, bem como com crime de homicídio e

outros. No caso do crime continuado, um exemplo de fácil entendimento, é o caso de um indivíduo que tomado de paixão por uma senhora, que conhece o desejo do rapaz, mas o ignora, e ele também fica conhecendo um segredo da mesma e ameaça contá-lo. Temendo o pior com a divulgação, a senhora cede, passando por cima de sua honra, à libido do homem. Possuindo o homem de seu segredo a tem por várias vezes, constituindo o crime continuado, pois várias conjunções carnis o homem manteve com a senhora por ameaça (2003, p. 84 e 85).

Não se pode deixar de aduzir que a Lei 8.072.90 caracterizou o crime de estupro (art. 213, CP) como crime hediondo, assim a pena subiu para seis a dez anos de reclusão, e no caso de estupro qualificado pelo resultado, em que se da violência resultar lesão corporal grave ou a morte, previsto no artigo 223 do Código Penal, a pena é de oito a doze anos de reclusão (NORONHA, 2003, p. 68).

Descreve José Henrique Pierangeli, que “O estupro é a mais grave forma de ataque contra a liberdade sexual da mulher, razão pela qual a pena a ele atribuída é sempre grave” (2007, p. 462).

Rogério Greco, em seu livro sobre a parte especial do Código Penal (vol. III), acentua que esse crime não somente inferioriza e afeta psicologicamente quem é ofendida, mas também em muitos casos leva a vítima a retirar sua própria vida (2007, p. 465).

Portanto, o estupro é um crime que afeta diretamente a vítima na sua liberdade sexual, como também na sua intimidade, portanto, não somente fere fisicamente, mas também psicologicamente. Fazendo com que a pessoa que sofreu esse mal se sinta suja por toda sua vida, mesmo quando se trata de uma “mulher de programa”, ou melhor, uma “profissional do sexo”, pois não importa quem seja a vítima, a sua idade ou a sua condição.

3.1.1 Da forma qualificada para o crime de estupro

O Código Penal previa, no caso de crime de estupro com emprego de violência, valendo também para o crime de atentado violento ao pudor, no seu artigo 223, as formas qualificadas (hodiernamente parágrafos 1º e 2º do art. 213). Assim, se com a prática da conjunção carnal acabar resultando por culpa em lesão corporal

grave ou ainda a morte da vítima, tem-se o crime de estupro qualificado pelo resultado.

José Frederico Marques, em seu livro Tratado de Direito Penal, volume II, aduz que os crimes qualificados pelo resultado, merecem ser chamados assim por que “[...] os crimes em apreço se transformam de *delictum simplex em qualificado*, em vista da ocorrência de evento aumenta a pena abstratamente cominada no preceito sancionador” (1997, p. 480).

Prelecionava o artigo 223 do CP:

Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos.
Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos (BRASIL).

Nas palavras de Bezerra Filho, terá a forma qualificada quando além prática da forma simples do crime de estupro resultar uma lesão corporal grave ou a morte da vítima, conforme o artigo 223 do Código Penal, configurando crime hediondo de acordo com a redação da Lei 8.072/90 (2002, p. 28).

Bezerra Filho relata que o tipo subjetivo das formas qualificadas é o preterdolo, ou seja, é quando o ofensor

[...] age com dolo na fase antecedente do crime, estupro ou atentando violento ao pudor, mas tem uma conduta culposa diante do resultado: a lesão corporal grave ou morte. A intenção daquele era apenas cometer qualquer dos crimes mencionados, mas é sancionado com agravamento especial por ter causado outro resultado, além daquele desejado por sua vontade (2002, p. 117).

Dessa forma, verifica-se que somente pode ser atribuído ao ofensor, o resultado (formas qualificadas), a título de culpa, definido como preterdoloso.

Segundo o mestre Rogério Greco, o sujeito ativo usando a “violência, deve ter dirigido finalisticamente sua conduta no sentido de, por exemplo, estuprar a vítima, vindo culposamente, causar-lhe lesões graves ou mesmo a morte”. Porém, se ocorreu o resultado por caso fortuito ou força maior não há como imputar as modalidades qualificadas ao agente, pois o mesmo não tem como ser responsabilizado sem, ao menos, prever a lesão corporal ou a morte da vítima, tendo em vista o artigo 19 do CP, que dispõe que se o resultado agravar a pena, o agente apenas responderia se houver causado pelo menos por culpa. Entretanto,

pode o agente ter agido dolosamente, tanto na prática do estupro quanto na lesão corporal grave ou morte da vítima, o que já caracteriza o concurso material de crimes, respondendo por crime de estupro e crime de lesão corporal grave ou por crime de homicídio (2007, p. 547).

Enfatiza Gomes e Cunha, em relação à tentativa quando ocorre o resultado mais grave que: “[...] entende a maioria da doutrina que se deve considerar consumado o delito, tendo em vista que a qualificadora é proveniente não do crime sexual, mas da violência para praticá-lo” (2009, p. 236).

O crime qualificado pelo resultado (preterintencional), antes da reforma de 1984, era imputado ao agente tendo em vista a responsabilidade objetiva, não se levando em consideração se ocorreu culposamente ou não, e com a reforma foi estatuído o artigo 19 do CP em respeito ao “princípio de que não há pena sem culpabilidade” (GRECO, 2007, p. 105).

Assim, o estupro qualificado pelo resultado (crime preterdoloso ou preterintencional), ocorre quando o agente, para satisfazer a sua libido, age com vontade de constranger à conjunção carnal a vítima e ainda culposamente acaba causando lesão corporal grave ou a morte dela.

3.1.2 Do estupro qualificado pelo resultado: lesão corporal grave

Quando da violência cometida acabar resultando em lesão corporal de natureza grave, aquela compreendida no artigo 129, §1º e §2º do CP, trata-se de crime de estupro com resultado de lesão corporal grave previsto no artigo 223 do Código Penal já citado. E constitui, nos termos da lei 8.072/90, crime hediondo, segundo o artigo 1º, inciso V, da Lei dos Crimes Hediondos, insuscetível de graça, indulto e anistia (art. 2º, I).

Prevê o Código Penal, que a lesão corporal é: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (BRASIL, 2010-B), compreendendo essa, conforme o artigo 129, §1º e §2º, do CP, a lesão corporal de natureza grave e gravíssima se configura:

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto.

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto (BRASIL, 2010-B).

Portanto, sob o termo lesões corporais “[...] são disciplinados penalmente os atos tendentes a ofender a pessoa humana, acarretando-lhe uma anormalidade anatômica, fisiológica ou psíquica” (PIRES, 1990, p. 57).

Verifica-se que o tipo objetivo do crime de lesões corporais é o dano à integridade física e a saúde da vítima. No que concerne ao dano à integridade corporal, diz-se que: é a alteração anatômica prejudicial do corpo humano (ferimentos, equimoses, fraturas, luxações, mutilações), e no concernente ao dano à saúde, é a alteração de funções fisiológicas do organismo ou a mórbida perturbação do psiquismo (FRAGOSO, 1976, p. 143).

O primeiro elemento que torna grave a lesão corporal é o “perigo de vida”, o qual significa um risco iminente de “perecimento” por terem sido afetadas regiões vitais do organismo da mesma; e o segundo elemento é a produção de “debilidade permanente de membro, sentido ou função”, sendo que os membros são as partes do corpo humano utilizadas para o seu movimento; sentidos “são as faculdades que relacionam o ser humano ao meio em que vive “(visão, audição, tato, gosto e olfato). Função é a atividade específica de cada órgão” (PIRES, 1960, p. 62).

Nas lesões gravíssimas são mais graves as consequências, pois consideradas, de regra, “irreparáveis”, sendo que produzem: incapacidade permanente para o trabalho, não a incapacidade para tarefas habituais, como lazer e outros, e sim a incapacidade para sempre de obter fins econômicos, ou melhor, trabalhar; perda de algum membro, sentido ou função, diferentemente de debilidade dos mesmos; uma deformidade permanente; e ainda o aborto (BITENCOURT, 2004, p. 187).

No caso de estupro qualificado pelo resultado de lesões corporais de natureza grave, a lei utilizou a expressão de “natureza grave” em sentido lato, para abarcar, assim, tanto as lesões corporais graves e gravíssimas, excluindo, portanto as leves e a contravenção penal de “vias de fato”, em que as duas constituem elementares de crime sexual (CUNHA; GOMES, 2009, p. 236).

No que diz respeito à penalidade desse crime qualificado pelo resultado, preceituava o artigo 223 do Código Penal que a pena, no caso de estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave, é de “reclusão, de oito a doze anos” (BRASIL, 2008).

Destaca, ainda, Bezerra Filho que: a caracterização da forma qualificada implica num agravamento da pena em metade do estabelecido no dispositivo legal penal da lesão corporal, se a vítima se enquadrar nas hipóteses do artigo 224, do CP (violência presumida) (2002, p. 117).

Nada mais justo, pois, se tratando de um crime grave, a pena também deve ser maior, ainda mais quando se tratar de estupro com resultado morte.

3.1.3 Do resultado morte

O crime de estupro com resultado morte ocorre quando o agente deseja satisfazer seu desejo constringendo a vítima à conjunção carnal, mas contrariamente à sua vontade acaba produzindo um resultado indesejado: a morte da vítima. Não por dolo do agente, mas sim por culpa. O que se chama preterdolo, dolo no antecedente e culpa no conseqüente.

Leciona, ainda, Gomes e Cunha em relação ao resultado morte que:

[...] não prevê a lei sua decorrência da violência empregada pelo agente, mas simplesmente do fato praticado. Assim, se o autor do crime sexual utilizar, por exemplo, substância entorpecente para diminuir a capacidade de resistência da vítima, com isso causando sua morte, o crime será qualificado do mesmo jeito, o que não ocorreria se essa ingestão acarretasse lesões corporais de natureza grave, pois que estas não decorreram de violência (2009, p. 236).

Esse resultado é o pior que se poderia esperar a partir do crime de estupro.

E aduzia o Código Penal, no mesmo artigo 223, parágrafo único, que se da prática do crime de estupro ou atentado violento ao pudor resultar a morte da vítima a pena é de reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

3.1.4 Da ação penal no crime de estupro

De acordo com a anterior redação do Código Penal, nas Disposições Gerais do Crime Contra os Costumes, a ação penal “Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa” (BRASIL, 2008).

O citado artigo define a ação penal de iniciativa privada como regra geral para todos os crimes contra os costumes. Pierangeli enfatiza que nesses crimes o que motiva o legislador a definir que se utilize da ação penal privada é o “mal que a publicidade do processo” pode trazer para a vítima e seus familiares, e que muitas vezes causam “males irreparáveis” à ofendida (2007, p. 497).

No entanto, havia exceções à regra da ação penal de iniciativa privada, conforme explicita o §1º e §2º do artigo 225 do Código Penal, *in verbis*:

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação (BRASIL, 2008).

Portanto, antes da nova lei, na hipótese do inciso I, do citado artigo, a ação penal seria pública condicionada à representação do ofendido ou de quem tivesse qualidade para representá-lo. Ressalta Greco concordando com João Mestieri que: “o sistema jurídico, [...] procura evitar que a impossibilidade material de perseguir o ofensor iniba a atividade de a vítima no demandar a reparação pelo mal sofrido [...]” (2007, p. 557).

E, na hipótese do inciso II, do mesmo artigo, quando o crime era praticado com o abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal era pública incondicionada, pois, como o artigo não fazia referência, caía-se na regra do artigo 100 do CP.

Cabe enfatizar que na redação anterior o “caput” do artigo 225 do Código Penal deixa límpido que apenas se procede mediante queixa, ou seja, por ação penal privada os crimes definidos nos capítulos anteriores, ficando claro que também se procederá por meio de ação penal pública quando da violência

empregada resultar em lesão corporal grave ou morte da vítima, pelo fato de esses resultados se encontrarem no mesmo capítulo do artigo 225 do CP, e para eles não está prevista a procedibilidade mediante queixa (PIERANGELI, 2007, p. 497; GOMES, 2009, p. 239 e GRECO, 2007, p. 556).

Contudo, essa regra, segundo Pierangeli, não vale para os crimes contra os costumes, pois são cometidos com emprego de violência física, e as formas qualificadas se tratam de crime complexo, diante a disposição do artigo 101 do Código Penal (2007, p.498).

Dessa feita, dispõe o artigo 101, do diploma legal penal que:

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 (BRASIL, 2010-B).

Marques entende que:

Para que haja crime complexo é imprescindível que em um só crime estejam reunidos pelo menos dois delitos. É preciso que as infrações penais sejam diferentes: se houver delito de conduta plúrima em que as diversas ações se enquadram num só tipo, teremos a figura delituosa composta do crime habitual [...] (1997, p. 469).

Marques também descreve em seu livro Tratado de Direito Penal, volume 3, que se dispensa a regra do artigo 101 do Código Penal, pois o próprio artigo 225 não prevê regra de procedibilidade para as modalidades qualificadoras dos crimes do artigo 223, logo a regra do “*caput*” do artigo 100 é suficiente (1999, p. 479). Dessa feita, esclarece o artigo 100, do Código Penal: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 2010-B).

Ressalta a lição de Greco que o Supremo Tribunal Federal diante de muitas discussões a respeito da gravidade do crime de estupro editou a súmula 608 (2007, p. 470). Descreve a referida Súmula 608 que: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (BRASIL, 2010-E).

Desse modo, será de ação penal pública incondicionada, segundo Greco, sempre que acontecer violência real (física) no delito de estupro, descrevendo, ainda, que a edição da mesma fez:

[...] letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se permitindo a iniciativa privada, ou mesmo a pública condicionada à representação, nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de *grave ameaça* (GRECO, 2007, p. 470).

Entretanto, se ocorrer apenas lesões de natureza leve, esse é incorporado pelo crime de estupro, pois não é um crime autônomo, segundo afirma Fernando da Costa Tourinho Neto, no livro *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais* (2009, p. 437). Seguindo, então, a regra do artigo 225 do CP.

Não obstante, deve-se dar vulto à alteração legal penal ocorrida no final do ano de 2009, com a edição da Lei 12.015 de 07 de agosto do mesmo ano, a qual modifica expressivamente o texto legal do Título VI: “Dos crimes contra os costumes”, em que se verificará a seguir.

3.2 A previsão do crime de estupro nos parâmetros da nova Lei 12.015/2009

Dando-se início ao subtítulo onde se abordará o advento da Lei nº 12.015/2009, no caso de crime de estupro e suas modalidades qualificadas.

Consoante o Promotor de Justiça Hevandro Cerutti, em exposição sobre a lei nova, ensina que:

Em 2003 foi criada no Congresso Nacional uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito mediante requerimento (n. 02/2003) da Deputada Maria do Rosário e das Senadoras Patrícia Saboya e Serys Slhessarenko com vistas a investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Ao fim desta CPMI, em Agosto de 2004, após as informações e relatos obtidos (assustadores), fora produzido e apresentado o projeto de lei 253/2004, o qual, após algumas alterações, veio a se converter na Lei 12.015/2009 (07.08.2009) ([2009?]).

É de suma importância salientar que referida Lei (nº 12.015/09) trouxe um avanço significativo no que diz respeito aos crimes contra a liberdade sexual, inovando o legislador com a tão sonhada reforma do Código Penal. A começar pela nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal, pois a Lei 12.015/09 lhe deu diversa, a substituindo, portanto, a expressão “Dos crimes contra os costumes” pela “Dos crimes contra a dignidade sexual”, bem como mudou significativamente alguns dos seus artigos como bem se vislumbrará.

A partir dessas modificações pode-se notar uma nova composição dos capítulos do referido título, os quais estão divididos em sete, conforme preleciona Greco em seu artigo “Crimes contra a Dignidade Sexual” na Revista Consulex, a saber:

(i) Capítulo I – Dos Crimes contra a Liberdade Sexual [estupro (213); violação sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-a)]; (ii) Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável [...]; (iii) Capítulo III – revogado [...]; (iv) Capítulo IV – Disposições Gerais [ação penal (art. 225); aumento de pena (art. 226)]; (v) Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual [...]; (vi) Capítulo VI – Do Ultraje ao Pudor Público [...]; (vii) Capítulo VII – Disposições Gerais [...] (2009, p. 31).

De todas essas figuras que foram alteradas ou incluídas pela aludida lei, apenas estudar-se-á os capítulo I e IV.

Essa Reforma, na opinião de Nucci, em seu livro Código Penal Comentado, era iminente, sendo que:

A sociedade evoluiu e houve uma autentica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal estava a merecer uma autêntica reforma, [...] compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado à moralidade ou à ética, [...]. Na atualidade, há nítida liberação saudável da sexualidade e não poderia o legislador ficar alheio ao mundo real (2010, p. 890 e 900).

Pois já não é mais a moral sexual que clama por proteção do Estado, e sim a liberdade de escolher o parceiro e o consentir na prática do ato sexual (CUNHA; GOMES, 2009, p. 34).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Fernando Capez, em artigo A Objetividade Jurídica nos Crimes Contra a Dignidade Sexual, aduz que agora não se tem mais em vista, “em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes”, como o bem mais saliente a ser preservado do mal, mas sim a proteção da dignidade humana do indivíduo, que é colocada em risco, do ponto de vista sexual; e os direitos a ele ligados, como a sua liberdade, integridade física, sua honra, sua vida, e outros (2010, p. 64 e 65).

Tinha-se ao lado do crime de estupro, o atentado violento ao pudor. Esse previsto no artigo 214, do Código Penal, e aquele previsto no artigo 213 do mesmo diploma legal, antes da vigência da Lei 12.015/2009, e era descrito assim: “*Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”

(BRASIL, 2008). Nos parâmetros da nova lei que reformulou os artigos do capítulo “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES”, agora chamados “CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”, o legislador revogou o artigo 214 (Atentado Violento ao Pudor), e se ocupou de unir o seu texto ao do artigo 213 (delito de estupro), ficando desse modo o dispositivo: “*Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*” (BRASIL, 2010-B). Portanto, com a alteração, o agente que praticar o delito descrito nesse artigo responderá por um só crime: o estupro.

O “outro ato libidinoso” é uma expressão onde estão incluídos os atos de natureza sexual, que não constituam a conjunção carnal, tendo por objetivo a satisfação da libido do ofensor (GRECO, 2009, p. 30).

Fernando da Costa Tourinho Filho diz, em artigo científico na Revista Magister de Direito Penal e Processual penal, que o acréscimo do artigo 214 ao artigo 213, deu origem “a duas condutas com *nomem júris* de estupro”, formando uma unidade delitual, portanto àquele que com violência passa a mão nas partes íntimas de uma pessoa terá que suportar a pena igual daquele que constrange alguém (homem ou mulher), por intermédio de violência ou grave ameaça à conjunção carnal, coito anal ou à “*immissio penis in os* ou *fellatio in ore*” (2010, p. 79).

O legislador, no que tange ao assunto, resolveu acompanhar o sistema dos seguintes países: México, Portugal e Argentina, e essa mudança trouxe efeitos instantâneos, pois com o advento da Lei n° 12.015/2009 não há que se falar em concurso material, pois o crime de estupro hodiernamente passou a contemplar variadas condutas, o que é favorável para o acusado e passível de retroatividade, alcançando “os fatos pretéritos” (GOMES, 2009, p. 36).

Dessa feita, deve-se deixar claro que não houve revogação do artigo 214 do CP na forma de “*abolitio criminis* (extinção do delito)” e sim uma “*mera novatio legis*”, originando-se uma união de dois crimes em um só corpo delitivo, em que tanto faz a prática de uma conduta, duas ou mais condutas descritas no artigo 213 do CP, pois é o crime praticado vai ser único, e que esse fato, a união dos dois delitos em uma só figura delitiva, restou demonstrado pelo legislador que fora a introdução do pênis na vagina (interpretação restritiva) todas as outras formas de libidinagem estão abrangidas “nesse tipo penal” (NUCCI, 2010, p. 902 - 903 e 907).

Contrariamente, opina Luiza Nagib Eluf, a respeito dessa união de condutas (art. 213 + art. 214), em seu artigo “A Reforma dos Crimes sexuais” à Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, dizendo que:

[...] A nova lei, ao invés de corrigir esse excesso de abrangência e separar as condutas, acabou repetindo a frase que abarca tudo, punindo com seis anos de reclusão, no mínimo, um beijo lascivo, por exemplo. Talvez a intenção do legislador tenha sido equiparar ao estupro a relação sexual oral e anal, da qual o homem também pode ser vítima, mas teria sido preferível das às coisas o nome que as coisas têm em lugar de camuflá-las com uma linguagem imprecisa e demasiadamente abrangente, geradora de possíveis injustiças (2009, p. 105).

Nesse passo, importante, sobressair o “*caput*” do artigo 213 do CP, *in verbis*: “Art. 213. Constranger alguém [...]” (BRASIL, 2010-B). Esse termo “Alguém” diz respeito aos sujeitos do crime, que anteriormente o sujeito passivo era tão somente a mulher, e o homem era apenas o sujeito ativo. Hodiernamente com a vigência da Lei nº12.015/09 passou a ser o sujeito passivo tanto a mulher como o homem, e o sujeito ativo, também ambos.

Dessa forma, o objeto material passa a ser a pessoa que sofre o constrangimento, e o objeto jurídico continua o mesmo, a liberdade sexual. Em relação à consumação, e em se tratando de conjunção carnal, não necessita a completa introdução do pênis na vagina nem é preciso a ejaculação, e, no que diz respeito ao “outro ato libidinoso”, o modo é mais amplo, pois há várias maneiras de cometê-lo. Quanto aos conceitos de violência e grave ameaça, mantêm-se os anteriores (NUCCI, 2009, p. 17). Ainda, o doutrinador Nucci, em seu livro Crimes Contra a Dignidade Sexual, continua descrevendo que:

O crime passa a ser comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda de resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado se dá de maneira definida no tempo); de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (é praticado em vários atos) (2009, p. 17 e 18).

Não se esquecendo da forma tentada desse delito, que pode perfeitamente acontecer quando, já iniciada a execução do crime, por circunstâncias alheias ao desejo do ofensor, o ato não se consuma (GOMES, 2009, p. 40).

No concernente a pena desse crime, dispõe o artigo 213 do CP (BRASIL, 2010-B), que é de reclusão, de seis a dez anos, continuando a mesma que a anterior, apenas modificando no tocante ao crime qualificado pelo resultado previsto anteriormente no artigo 223, do Código Penal, que dispunha em seu “caput” que se da violência resultar lesão corporal de natureza grave, a pena era de 8 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão, mais exatamente no parágrafo único do mesmo, o qual definia que se do fato resulta morte, a pena é de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Passando, portanto, com a alteração realizada pela nova lei (12.015/09), a pena cominada para a forma qualificadora pelo resultado morte de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão para 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, majorando-se em 5 (cinco) anos a pena máxima. Já a pena, no caso de resultado de lesão corporal grave, não sofreu alguma alteração; e, além do que, essas formas qualificadas pelo resultado, antes disciplinadas no Capítulo IV (art. 223), passaram a integrar o artigo 213 do Código Penal, mais exatamente nos parágrafos 1º e 2º, como se pode depreender:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
 § 1º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
 § 2º. Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2010-B).

Um ponto que não pode deixar de ser lembrado é que, pela nova redação dada ao artigo 213, §§ 1º e 2º, se pôs fim aos debates doutrinários, pois, eliminaram-se os termos *violência* e *fato*, e adotou-se o termo *conduta*. Portanto, a nova redação define que “se da *conduta* resulta [...]”, e não mais “se da *violência* resulta [...]” (NUCCI, 2009, p. 24).

Atualmente, o Capítulo IV restringe-se a regular a espécie de ação penal para os crimes contra a liberdade sexual (Cap. I) e contra pessoa vulnerável (Cap. II), e algumas causas de aumento de pena somente empregável para os crimes constantes desses dois capítulos.

Como anteriormente a regra geral de ação penal de iniciativa privada para os crimes contra os costumes, hoje, contra a dignidade sexual, ficou entendido,

quando do estabelecimento dessa regra, que ela tinha o fim de evitar o termo conhecido como “*strepitus iudicci*”, ou seja, o “escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal”, pois poderia causar um mal maior a vítima (MOREIRA ALVES, 2010, p. 85 e 86).

O ilustre doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira já lecionava no sentido de que se o Estado realmente se preocupasse com os malefícios que pudessem atingir a vítima desses crimes pela propagação dos fatos seria suficiente tão somente que o legislador sujeitasse esses crimes à “persecução” pela ação penal pública, mas condicionada à aceitação (representação) da vítima ou quem possa lhe representar (2008, p. 123).

O que veio a ocorrer atualmente, pois, agora a nova norma legal definiu que “o padrão” passou a ser a ação penal pública condicionada à representação da vítima, conferindo a legitimidade ao Ministério Público, quando da representação da ofendida. Trazendo-se à memória que há uma exceção que tornaria a ação penal pública em incondicionada, que é quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (menor de 14 anos). Desse modo, no caso do delito em desfavor de pessoa maior de 18 anos, mesmo perpetrado com violência, a ação penal é pública condicionada à representação, eliminando-se a Súmula 608 do STF, pois, por causa do advento da reforma realizada pela Lei n° 12.015/2009, não há lógica “técnica” para vigorar a determinação da mesma (NUCCI, 2009, p. 62 e 63).

A nova redação, então, do artigo 225 do Código Penal é assim:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2010-B).

Logo, há uma condicionante no artigo 225, do Código Penal, e é a exigência da ação penal pública condicionada à representação da vítima ou quem tenha qualidade para tanto, nos crimes dos capítulos anteriores (Capítulos I, e II), com exceção da regra do seu parágrafo único. Assim, os maiores de 18 (dezoito) anos, por causa da ação penal condicionada à representação estar ligada ao prazo decadencial, pode-se ocorrer o que se extrai da lição de Brito Gentil, em que pese:

[...] Tratando-se de prazo decadencial (para oferecer representação), o resultado, muito provavelmente, será a extinção da punibilidade do agente pela decadência (CP, art. 107, IV), caso haja lapso de seis meses a contar da data em que o ofendido souber da identidade do autor do crime (art. 103 do CP) (2009, p. 99 e 100).

Além dessas desses pontos discutidos, o legislador pôs fim as antigas discussões teóricas e jurisprudenciais, no que diz respeito ao crime de estupro na forma simples ser crime hediondo ou não, pois, hodiernamente em acordo com o art. 1º, V, da Lei 8.072/90, redação dada pelo art. 4º da Lei nº 12.015/09, o crime de estupro (art. 213) é crime que constitui o rol dos crimes hediondos. E, é uma situação mais gravosa, que não retroage (BRITTO GENTIL, 2009, p. 98).

Não se pode negar que a Lei nº 12.015/09 representa uma ousada e digna mudança jurídica que foi implantada no ordenamento jurídico penal na busca de soluções para inúmeras divergências, e da intimidade da vítima, seja ela homem ou mulher, onde se obteve mudanças significativas no que diz respeito à figura do crime de estupro, suas formas qualificadas e a ação penal, veja-se:

ANTES DA LEI N° 12.015/2009	DEPOIS DA LEI N° 12.015/2009
TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES.	TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL
CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL Estupro Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena - reclusão, de seis a dez anos. Atentado violento ao pudor Art. 214 - Constranger alguém,	CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL Estupro Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

<p>mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:</p> <p>Pena - reclusão, de seis a dez anos.</p>	
<p>Somente a mulher podia ser vítima.</p>	<p>Agora tanto a mulher como o homem podem ser vítimas; e a figura do crime de estupro abrangeu a conduta antes definida como crime de “atentado violento ao pudor”.</p>
<p>Formas qualificadas</p> <p>Art.223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:</p> <p>Pena - reclusão, de oito a doze anos.</p> <p>Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:</p> <p>Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.</p>	<p>Formas qualificadas</p> <p>Art. 213. (...)</p> <p>§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:</p> <p>Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.</p> <p>§ 2º Se da conduta resulta morte:</p> <p>Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.</p>
<p>Se resultasse lesão corporal de natureza grave, a pena é reclusão, de 8 (oito) a (12) doze anos; e se resultasse a morte da vítima, a pena é reclusão, de (12) doze a 25 (vinte e cinco) anos.</p>	<p>Revogou-se o art. 223, sendo incluídas, as modalidades qualificadas, ao art. 213, nos §'s 1º e 2º; a pena, caso resulte lesão corporal de natureza grave continuou a mesma, modificando no que tange ao resultado morte passando a pena máxima de 25 (vinte e cinco) a 30 (trinta) anos.</p>
<p>Ação penal</p> <p>Art. 225 - Nos crimes definidos nos</p>	<p>Ação penal</p> <p>Art. 225. Nos crimes definidos nos</p>

<p>capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.</p> <p>§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.</p> <p>§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.</p>	<p>Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.</p> <p>Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.</p>
<p>A regra para o crime de estupro era ação penal privada, no entanto, no caso do §1º, incisos I e II, ação penal era pública incondicionada, e, já, no §2º a ação penal dependia de representação.</p>	<p>Com o advento da Lei em comento, alterou-se sensitivamente o referido artigo, tendo como regra a ação penal pública condicionada à representação nos casos de crime de estupro, de crime de estupro nas suas modalidades qualificadoras, e os outros crimes dos Capítulos I e II, os quais não serão abordados nesse trabalho; e será mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.</p>

Por fim, as inovações trazidas pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, com certeza serão alvo de inúmeras discussões, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Como exemplo, é a discussão da natureza da ação penal no crime de estupro, quando resultar lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima,

ser pública condicionada ou incondicionada, bem como a possível aplicação da retroatividade nos casos benéficos aos agentes.

3.3 A aplicação da lei penal e processual no tempo

Diante, portanto, de todo o conteúdo exposto e do objetivo que se deseja almejar, é cabível nesse momento compreender a aplicação da lei penal e processual, sendo que a aplicação da lei penal e processual se dá em relação ao tempo, espaço, e prerrogativas profissionais, mas interessa-se no presente trabalho se ater na aplicação da lei penal e processual apenas no tempo.

3.3.1 Da aplicação da lei penal no tempo

A lei penal no tempo dirige os fatos ocorridos durante o período de vigência da lei, ou seja, o fato é regido pela lei de seu tempo.

Nesse passo, segundo Gomes, a lei penal segue a mesma submissão normativa das demais leis, dessa forma, a mesma deve ser “proposta, discutida, votada e aprovada pelo Congresso Nacional”, pois é o competente para editar lei no campo de Direito Penal, o qual disciplina o crime e suas penas; após ser aprovada, ela deve ser promulgada (atestada a sua existência), e, a seguir, sancionada pelo Presidente da República, o qual aprova ou não a lei, onde, então, deve ser publicada pela imprensa oficial. Quanto à vigência, a lei começa a vigorar do mesmo modo que as outras leis, iniciando a atuação na data de sua publicação ou após a *vacatio legis* estabelecida pelo legislador, respeitando-se a o prazo para a sua entrada em vigor, em disposição no art. 8º, §1º, da Lei Complementar 95/98, porém, se nada estabelecer o legislador, a mesma começa a vigorar depois de 45 dias da data de sua publicação, segundo explica o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil; a lei vigorará até que seja revogada por outra lei ou se chegar o fim do seu prazo de vigência, quando se tratar de lei excepcional ou temporária (2009, p. 89 e 90).

Há muitas discussões a respeito da *vacatio legis* das leis, pois como a lei produz efeitos a partir de sua vigência e só pode ser aplicada quando entra em vigor, sendo que o período de *vacatio legis* é o “tempo destinado ao conhecimento da lei” pela sociedade, logo, a lei em vacância não é parte do “ordenamento jurídico vigente” (GOMES, 2009. p. 93).

Sobre o assunto da *vacatio legis*, sustenta Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, contrariando Gomes (2009, p. 93), que se a lei penal nova beneficia o réu, atinge os fatos anteriores, ainda que ocorrido anteriormente à sua vigência, sendo retroativa (2008, p. 43). Em vigor, a lei passa a surtir efeitos obrigatórios tanto ao presente como ao futuro (PRADO, 2010, p. 198). Podendo ocorrer que:

[...] os processos criminais e o período de execução das penas se prolonguem e vêm muitas vezes cair debaixo de duas ou mais leis sucessivas. Pode acontecer que a lei do tempo em que se praticou o fato punível não seja a mesma de quando o mesmo venha a ser julgado ou de quando comece ou prossiga a execução da pena. Surge, então, um conflito de leis e a necessidade de regras para resolvê-lo (BRUNO, 2003, p. 159).

Gomes chama o conflito de leis penais no tempo também de sucessão de leis penais, e que para se ter ciência da incidência no caso concreto é preciso analisar o Direito penal intertemporal, que é o conjunto de regras e princípios que regulam esse conflito; citam-se dois princípios basilares para tanto: irretroatividade da lei penal nova mais gravosa e retroatividade da lei penal nova mais benéfica (2009, p. 94).

E Aníbal Bruno salienta que:

Há um princípio que regula superiormente o conflito de leis sucessivas em geral. É o da não retroatividade da lei, princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, [...]. A regra de não retroatividade, porém, governa a matéria penal somente em relação à lei mais severa. [...] Há de fato dois princípios em relação à validade da lei penal no tempo. a) o da não retroatividade da lei mais severa; b) o da retroatividade da lei mais benigna (2003, p. 159 e 160).

O fato da sucessão de leis penais acontece por que a sociedade evolui, passa por transformações, e há a necessidade de se extinguir umas leis e criar outras para suprir o clamor atual, percebendo-se claramente que a ordem jurídica se sujeita a mudanças constantemente. Se sabe que essa questão da sucessão de leis

se resolve com os princípios que regulam a vigência da lei penal no tempo, os princípios da retroatividade e irretroatividade da lei.

3.3.1.1 Do Princípio da irretroatividade e da retroatividade da lei penal

O princípio da irretroatividade da lei penal vigora em relação à lei penal nova que for mais severa, não a deixando retroagir, e a retroatividade da lei penal ou retroatividade da lei penal mais benigna, é conhecida como uma norma que ocasiona um benefício ao apenado, tendo em vista o advento de uma lei penal mais favorável.

Portanto, em respeito à anterioridade da lei penal e a exigência de segurança jurídica, os conflitos de sucessão de leis regem-se pelo princípio constitucional da irretroatividade previsto no inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal (PRADO, 2010, p. 198).

Nesse passo, aduz o artigo art. 5º, da Constituição Federal, no seu inciso XL, *in verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 2010-A).

E esse princípio “[...] traduz uma das conseqüências mais fundamentais do princípio da legalidade: o da **proibição de retroactividade** em tudo quanto funcione **contra reum** ou **in malen partem**” (DIAS, 2007, p. 194).

Verifica-se, no tocante ao assunto, que a regra é a da não retroatividade da lei penal mais severa, no entanto, se a lei trazer benefícios ao acusado deve retroagir para alcançar os fatos anteriores (BRUNO, 2003, p. 160).

Assim, “o princípio de que a lei não pode retroagir, salvo para beneficiar o acusado, restringe-se às normas de caráter penal”, tendo relação com o direito de punir do Estado, assim, será de caráter penal toda lei que “criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensão punitiva estatal” (CAPEZ, 2007, p. 48)

Logo, essa restrição diz respeito ao aumento da prescrição, agravamento de regime, aumento de pena, e etc., tudo o que for de matéria penal, e conclui-se que a irretroatividade é aplicável quando a lei penal nova é mais gravosa, chamada *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir, pois vai prejudicar o acusado.

Então, se a lei penal nova for mais gravosa, não tem como alegar que favorece o acusado, e assim, não retroage, pois valerá a regra da irretroatividade da *lex gravior*; nesse passo, se a lei mais gravosa não retroage, significa dizer que a lei anterior, mais benéfica, continua surtindo efeitos aos fatos durante o período de sua vigência, determinando-a pela “ultra-atividade da *lex mitior*” (JUNQUEIRA, 2008, p. 43).

Destarte, se a lei nova trazer malefícios ao acusado não retroage, produzindo, ainda, a lei anterior seus efeitos, o que se chama de ultra-atividade, em função de a lei anterior exercer efeitos fora de seu tempo de vigência. Em relação à exceção da regra da não retroatividade, pode-se deduzir claramente que atua o princípio da retroatividade da lei penal, onde a lei retroagirá aos fatos anteriores, caso a lei nova venha beneficiar o agente.

E acentua o Código Penal também sobre a retroatividade, no artigo 2º, que:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 2010-B).

Nas palavras do mestre Oliveira e Silva, o legislador estabeleceu a retroatividade da lei:

[...] para beneficiar o acusado, não só no momento em que se vai instaurar ou já fora instaurada a ação penal, contra o mesmo, por denúncia ou queixa, como, também, se já existe sentença condenatória. Portanto, na ação e na execução, o que implicará no direito do agente, de libertar-se dos azares do processo ou do cumprimento da pena já imposta, mesmo em decisão irrecorrível por meio de um pedido de “habeas corpus” (1956, p. 36 e 37).

Contudo, Moreira Alves enfatiza que apenas se operará a retroatividade da lei após o trânsito em julgado de uma lei uma decisão se a lei for de exclusivamente de caráter penal (2009, p. 91).

Nilo Batista, do mesmo modo, destaca que a lei retroagirá sempre que trazer benefício ao acusado, seja pela revogação da “norma incriminadora”, seja por outro modo, excetuando-se as leis excepcionais e temporárias, sendo que em razão

do inciso XL do artigo 5º, da CF, a retroatividade da lei mais benéfica possui caráter de garantia individual (2002, p. 69).

Os princípios já vistos possuem incidência no crime, na pena, bem como na medida de segurança (GOMES, 2009, p. 96).

Por fim, o ilustre mestre Nucci, em seu livro **Princípios Constitucionais Penais e Enfoques Processuais Penais**, enfatiza que a retroatividade e a ultravidade que beneficiam o réu, demonstram a “preocupação humanista do constituinte ao dar maior relevo à justa modernização dos status penal atual do réu do que à valorização da forma coisa julgada ou do ato jurídico perfeito” (NUCCI, 2010, p. 136).

3.3.2 Da aplicação da lei processual penal no tempo

No que tocante assunto, no que diz respeito ao nascimento, à vigência e à validade da lei processual, se procede da mesma forma que da lei penal. O que diferencia da lei penal, é que lei puramente processual não retroage, tendo em vista a regra do artigo 2º, do CPP. Já no que diz respeito à aplicação da lei penal no tempo, a lei nova de caráter penal, ou seja, puramente penal, somente retroage quando beneficiar o acusado, seguindo a regra da irretroatividade, se a nova lei for mais severa.

Conceituam-se normas processuais penais puras como:

[...] aquelas que dão forma ao direito material e estão previstas com exclusividade no Código de Processo Penal ou lei extravagante de cunho processual penal, por exemplo: a) formas de citação; b) formas de intimação; c) modos de colheita de prova; d) mandados judiciais; e) nulidades; e, f) recursos (BARROS, 2010, p. 62).

Portanto, como bem ilustra Gomes, a lei processual penal, pode-se dizer a genuinamente processual, em acordo com o preceito do artigo 2º, do CPP, tem aplicação imediata, assim, não retroage (GOMES, 2009, p. 96).

Aliás, é clara a determinação do artigo 2º, do Código de Processo Penal, em que pese: “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (BRASIL, 2010-C).

Destarte, as leis processuais, ainda, segundo Nucci no seu livro *Princípios Constitucionais Penais e Enfoques Processuais Penais*, via de regra, respeitam o artigo 2º, do Código de Processo Penal, dessa feita, elas não são retroativas, mesmo que venham a favorecer o réu, assim, ainda que possa prejudicar o réu é aplicável de imediato, pois as normas processuais não são abrangidas pelo princípio da retroatividade, visto que a garantia constitucional apenas se aplica ao direito material (penal) (2010, p. 136).

Corroborando Bonfim que:

[...] a alteração da legislação processual alcançará os processos que estejam em curso, respeitando os atos processuais já praticados, que serão considerados válidos. Não tem, portanto, a lei processual efeito retroativo, aplicando-se o princípio do *tempus regit actum* (2007, p. 13).

Pode-se dizer que a aplicação do Princípio da Irretroatividade a Lei puramente processual é sensata, pois a lei nova apenas é mais adequada aos fins do processo, não havendo necessidade de alcançar os atos pretéritos.

Dentro do contexto ainda das leis, existem as chamadas normas de conteúdo misto (OLIVEIRA, 2008, p. 19) também chamadas de normas mistas (TOURINHO FILHO, 2005, p. 22) ou híbridas (MOREIRA ALVES, 2010, p. 22). Normas de conteúdo misto são aquelas que contêm disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, nesse passo deve-se seguir a regra do artigo 2º do CP (MOREIRA ALVES, 2010, p. 22). É que, conforme ensina Eugenio Pacelli de Oliveira, a “[...] regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual [...]” (2008, p. 19).

Enfim, diante de todo o exposto, verifica-se que dependendo da natureza jurídica da norma contida no artigo 225, do CP, alterado pela nova lei, se aplica uma ou outra regra, restando saber se é de natureza penal ou processual, ou ainda, híbrida, como alguns doutrinadores a chamam, para que se possa analisar a aplicação do princípio da irretroatividade ou o princípio da retroatividade.

4 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL NA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA PARA OS CRIMES DE ESTUPRO COM LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE PRATICADOS ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.015/09

Antes de adentrar no tema proposto, é importante salientar que há divergências entre os doutrinadores sobre a natureza da ação penal neste crime com resultados qualificadores, ou seja, se é cabível a ação penal pública condicionada ou incondicionada. Contudo, analisar-se-á primeiramente a natureza jurídica da norma contida no dispositivo 225, do CP, modificado pela Lei nº 12.015/09; exaurida essa fase, qual ação penal caberá no crime de estupro na forma simples, e se pode ocorrer a retroatividade; e, no tocante ao crime de estupro na forma qualificada, qual ação penal cabível e as possíveis divergências; feito isso, então, se chegará ao objetivo primordial do presente trabalho, o qual é analisar a possibilidade também da aplicação do Princípio da Retroatividade nos crimes de estupro, com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte, anteriores à égide da Lei nº12.015/09, demonstrando-se a divergência entre a doutrina e possíveis jurisprudências sobre o tema.

4.1 Natureza da norma contida no artigo 225 do Código Penal em razão da Lei nº 12.015/2009: processual *versus* penal

Nesse passo, como já se verificou anteriormente a questão da aplicação do princípio da retroatividade de lei penal mais favorável ao acusado, em sendo lei penal genuinamente pura e lei processual genuinamente pura, indaga-se: a norma jurídica contida no artigo 225 do CP, alterada pela nova Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 é de natureza penal para poder lhe ser aplicável a benéfica desse princípio, ou de natureza processual, aplicando-se a regra do tempo rege o ato (*tempus regit actum*)?

Rômulo de Andrade Moreira, em mesmo artigo publicado à Revista Magister de Direito Penal e Processual (2009, p.88-89) e à Revista Jurídica (2009, p.

135-136) acentua que dependerá de como será vista a norma jurídica nesse dispositivo, ou seja, se ela é puramente de natureza processual ou de natureza mista para, então, conhecer se ocorrerá ou não a retroatividade; sabendo-se a regra dos dois princípios que regem o direito intertemporal, quais seja a Irretroatividade da lei penal, ressalvado os casos que beneficiam o réu, previsto no artigo 2º, parágrafo único, do CP e artigo 5º, XL da CF (garantia fundamental), e a aplicação imediata da lei processual penal constante no artigo 2º do CPP (*tempus regit actum*).

Destaca, ainda, Moreira em seu artigo à Revista Jurídica, que se admitir-se que se cuida de norma puramente processual, não se pode caber a retroatividade; no entanto, se reconhecer que se cuida de norma “processual penal material (ou mista)”, se admiti a retroatividade (2009, p. 135).

Por conseguinte, tem-se uma lei nova mista, quando a mesma conta com aspectos processuais e penais ao mesmo tempo, prevalecendo o aspecto penal; dessa forma, aplicável a regra intertemporal penal, assim, resta-se saber se a lei nova é mais benéfica ao acusado, pois se favorável retroage, caso contrário, não retroage (GOMES, 2009-B, p. 96).

Portanto, uma norma mista ou híbrida é uma norma, que além de possuir conteúdo processual, contém questões de direito material (penal), aplica-se, portanto, o princípio da retroatividade penal como se vislumbrou.

Pois, a regra da incidência imediata da lei processual penal (art. 2º do CPP): “[...] aplica-se tão somente às normas que tenha por conteúdo matéria exclusivamente processual, não valendo para as normas mistas, que versem também sobre questões de direito material” (BONFIM, 2007, p. 13).

Nesse ponto, Moreira diz que apesar de contestada por alguns doutrinadores, a norma híbrida ou mista, mostra-se de “fácil compreensão”, pois embora processuais sejam também materiais, devendo-se aplicar o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável (MOREIRA, 2009, p. 88).

Sobre o assunto, Tourinho Filho aduz que:

[...] uma norma que verse sobre ação penal é processual, visto que a ação é o instrumento pelo qual se dá início ao processo. [...]. Às vezes, numa determinada norma podem coexistir “prevalentes caracteres de direito material”. Quando isso ocorre, aplicam-se os princípios atinentes à temporalidade das normas penais. É o que sucederia, por exemplo, se viesse uma lei nova dizendo: “os crimes de furto são de ação privada”. [...].

[...]. Logo, surgindo uma lei dizendo que este ou aquele crime passou de ação pública para privada, a despeito do seu caráter processual, apresenta, [...], prevaletentes caracteres penais, aplicando-se, assim, o princípio que rege as leis penais no tempo. Se o exemplo for invertido, a solução será a mesma (2005, p. 22 e 23).

Confirmando a posição dos autores já citados, o autor Grandinetti de Carvalho explica que se a norma processual dispõe no seu conteúdo de “[...] dispositivo que, de alguma forma, limita direitos [...] do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material [...] ou mista [...]” (1998, p. 137).

Dessa feita, nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, a norma contida no artigo 225 do CP, o qual trata da titularidade da ação penal: “[...]. Cuida-se de norma de cunho processual material, com reflexos nítidos em direito penal, respeitando, então, o disposto no art. 5º, XL, da CF” (2009, p. 839). Em sentido igual, confira-se Rogério Sanches Cunha no livro *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, a saber:

A mudança de titularidade da ação penal é matéria processual penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu não retroage (GOMES; CUNHA; MAZUOLLI, 2009, p. 63).

Toda a explanação citada é para confirmar que quando se trata de norma modificadora da ação penal, a natureza da mesma é mista, aplicando-se a regra intertemporal penal, e não processual.

Em atenção ao tema, Leonardo Barreto Moreira Alves salienta que “é preciso considerar todas as situações possíveis”, ou seja, se o crime, antes do advento da lei, era submetido à ação penal privada ou a ação penal pública condicionada, ou, ainda, a ação penal pública incondicionada (2010, p. 90 e 91).

Enfim, como a norma jurídica que trata da ação penal no crime de estupro simples e qualificado é uma norma híbrida ou mista, como se preferir, a retroatividade da lei penal é medida que se impõe. No entanto, é necessário analisar sobre qual espécie de ação penal o crime era submetido, pois em alguns casos a irretroatividade da lei é mais benéfica, caso em que ocorre a ultratividade, sendo que os efeitos da lei revogada se mantêm.

4.2 Ação penal no crime de estupro

Como já suscitado em capítulo anterior, o crime de estupro teve sua ação penal modificada em razão do advento da Lei nº 12.015/09.

Nesse instante é oportuno relembrar que:

Ação é, pois, o direito de invocar a prestação jurisdicional, isto, é, o direito de requerer em juízo a reparação de um direito violado. [...], violada a proibição legal, a sanção correspondente só poderá ser imposta através do devido processo legal [...] (BITENCOURT, 2010, p. 21).

Feitas essas considerações, ressalta-se que antes as ações podiam ser de iniciativa privada, públicas condicionadas à representação ou ainda, públicas incondicionadas. Sendo assim, deve-se observar o mandamento legal de cada hipótese para poder concluir as regras aplicáveis ao procedimento. Anteriormente, a regra geral era a persecução por ação penal privada nos delitos previstos nos capítulos I e II, e no que tange a exceção, apresentava-se três: 1 - seria ação pública condicionada à representação da vítima se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo (art. 225, §1º, I); 2 - a ação seria pública incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (art.225, §1º, II); e 3 - seria ação pública incondicionada caso o estupro fosse cometido mediante violência real (Súmula 608 do STF).

Atualmente, passou-se a perseguir-se por ação penal pública, mas condicionada à representação, nos crimes dos capítulos I e II (art. 213 a 218-B), como regra. Excetuando-se caso ocorra o crime contra pessoa com menos de 18 anos ou vulnerável, ou seja, alguém com idade menor de 14 anos, onde cabível a ação penal pública incondicionada, conforme o parágrafo único do dispositivo 225 do diploma penal, em que pese: “Art. 225 [...]. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável” (BRASIL, 2010-B).

Cezar Roberto Bitencourt suscita uma discussão relevante afirmando que:

Não há dúvida quanto às inúmeras contradições que as inovações contempladas pela Lei 12.015/2009 apresentam entre as quais se inclui a natureza da ação penal para reprimir os crimes sexuais previstos nos dois primeiros capítulos do referido Título IV (2010, p. 12).

A atual alteração está gerando controvérsias em relação à natureza da ação penal no crime de estupro, tanto no que tange ao crime sexual contra vulnerável como nas modalidades qualificadoras, mas no presente estudo se procurará demonstrar nos posteriores subtítulos somente o que versa sobre o crime de estupro na modalidade qualificada.

4.3 Ação penal e estupro simples

Nesse passo, como já citada, as palavras de Nucci, agora a nova norma legal definiu que “o padrão” passou a ser a ação penal pública condicionada à representação da vítima, conferindo a legitimidade ao Ministério Público, quando da representação da ofendida. Desse modo, no caso do delito em desfavor de pessoa maior de 18 anos, mesmo perpetrado com violência, a ação penal é pública condicionada à representação, eliminando-se a Súmula 608 do STF, pois, por causa do advento da reforma realizada pela Lei n° 12.015/2009, não há lógica “técnica” para vigorar a determinação da mesma (2009, p. 62 e 63).

A nova redação do “caput” do artigo 225 do Código Penal, diz que: “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação” (BRASIL, 2010-B).

Verifica-se que há uma condição de procedibilidade no “caput” do artigo 225, do Código Penal, logo o crime de estupro na forma simples não mais será perseguido por ação penal privada, e sim por ação penal condicionada à representação da vítima ou quem tenha qualidade para tanto, nos crimes dos capítulos I e II (art. 213 a 218-B), excetuando-se a regra do seu parágrafo único.

Contudo, deve-se ficar atento, sendo que, conforme preleciona o doutrinador Nucci em seu livro Manual de Direito Penal, pela nova redação:

[...] não mais subsiste a ação privada nos crimes sexuais, exceto para os fatos cometidos anteriormente à vigência da Lei 12.015/2009 (7 de agosto

de 2009), pois esta norma tornou mais rigorosa a possibilidade de punição ao agente. (2009, p. 839). Em outros termos, a Lei 12.015/2009, eliminando a ação privada, mais favorável ao acusado, dispondo de renúncia, perdão e perempção, é prejudicial, de modo que não pode retroagir no tempo (2009, p. 839).

O “tiro certamente sairá pela culatra” com a eliminação da ação penal privada, pois o interesse da vítima deveria prevalecer sobre o interesse estatal; a iniciativa privada da vítima na “*persecutio criminis*” visa defendê-la de novo sofrimento, humilhação, etc., que o processo pode acarretar, assim, hoje a publicização da ação penal nesse crime representa uma “verdadeira iniquidade” à vítima (BITENCOURT, 2010 p. 11-14).

Já Nucci, a respeito dos “Crimes Contra a Dignidade Sexual” alterados com a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, argumenta: “Se que a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz, basta não representar” (2009, p. 62).

Assim, confirma Moreira que nos processos em andamento cuja ação penal iniciou-se mediante queixa, não existe providência a ser tomada pelo juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a nova disposição não aproveitará ao réu: uma ação penal privada “é mais benéfica” (em tese) para o acusado que ação penal pública seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa) (2009, p. 88 e 89).

Nesse caso, a lei é ultrativa, pois a lei é aplicada aos fatos ocorridos posteriormente ao fim de sua vigência.

Lembrando-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 608, definiu que nos crimes de estupro ocorridos mediante violência real a ação penal seria pública incondicionada, podendo se estender ao atentado violento ao pudor, lembrando que esse hodiernamente configura-se também como estupro (NUCCI, 2009, p. 838). Desse modo, entende-se que se ocorresse crime de estupro ou de atentado violento ao pudor na forma do “caput” dos respectivos dispositivos, ou seja, a forma simples, mas mediante violência, a ação penal competente era a pública incondicionada, caso contrário, somente por grave ameaça a competente ação penal era a privada.

Enfatiza Guilherme de Souza Nucci na doutrina, Crimes Contra a Dignidade Sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que exclui-se a Súmula 608 do STF, no caso de estupro de pessoa adulta e capaz, ainda que

praticado por meio de violência, e a ação é pública condicionada à representação; lembrando-se que a Súmula foi fruto de “Política Criminal”, com o intuito de proteger a mulher vítima constrangida, tendo em vista o medo da mesma de alertar os “órgãos de segurança”, e principalmente para reservar-se de um possível preconceito e de comentários incabíveis, e foi por esse fato que até se criou a Delegacia da Mulher (2009, p. 62).

E, ainda, em outra referência bibliográfica, Código Penal Comentado, o mesmo autor destaca que:

A referida Súmula não é vinculante e deve ceder à novel legislação penal. [...]. Ora, assim sendo, a Lei 12.015/2009 é mais favorável no tocante à Súmula 608. Por isso deve ser aplicada retroativamente. As ações penais públicas incondicionadas por força da mencionada Súmula devem ser obstadas, consultando-se a vítima, acerca da sua vontade de representar contra o réu (NUCCI, 2010, 939).

Antes, na forma simples do crime de estupro, cabia-se a penal privada, mas por força da Súmula 608, o estupro cometido por meio de violência passou a ser perseguido por ação penal pública incondicionada, e na norma atual, a ação penal é pública condicionada à representação da vítima, salienta Rômulo Andrade Moreira que surge um problema “[...] nos casos em que ação penal era pública incondicionada [...], e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, *caput*, CP)” (2009, p. 89).

O problema encontrado pelo autor é a questão da incidência da irretroatividade ou retroatividade da norma mais benéfica, enfim, como já discutido acima, a cerca da natureza da norma, o problema se resolverá não tão fácil assim, pois há divergência no que tange a Súmula 608, ou seja, se a mesma está vigorando ou não.

Sendo que, se essa for considerada em pleno vigor, não há dúvidas da aplicação do art. 2º, do CPP, pois ação penal não mudará no caso em comento, entretanto, se for praticado o delito por grave ameaça entende-se aplicável a ação penal pública condicionada pela redação dada face à nova lei, e conseqüentemente retroagindo para alcançar fatos pretéritos, respeitando-se, além do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a garantia constitucional prevista no inciso XL do art. 5º, da CRFB, e do mesmo modo, se entende se a Súmula restar declarada como descabida.

No entanto, não será objeto de estudo no presente subtítulo, pois se abordará em último para não se tornar repetitivo, mesmo porque será mais bem explicado, a respeito de todas as divergências encontradas, quando chegar-se no alvo principal desse.

4.4 Ação penal e estupro qualificado pela lesão grave ou morte

Como já se analisou sobre a aplicação de lei penal e processual no tempo, sobre a natureza da norma contida no artigo 225 do CP, sobre a ação penal e irretroatividade ou retroatividade no estupro simples, no momento, é interessante e relevante tratar da natureza da ação penal no delito de estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte, discutido (modalidade qualificada), em face de alguém com mais de 18 (dezoito) anos.

Dizia-se que se da violência empregada na prática do crime de estupro resultasse lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima, tal fato seria submetido à ação penal pública incondicionada. Todavia, em conformidade com a nova redação do artigo 225, “caput”, do Código Penal: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação” (BRASIL, 2010-B); compreende-se no Capítulo I, o crime definido no artigo 213 do CP (estupro) e seus §§’s 1º e 2º inclusos pela Lei nº 12.015/2009.

O artigo é claro, além de que há algo incontroverso, que é quando o mesmo diz que cabível ação penal pública condicionada nos casos do Capítulo II, quando esse capítulo trata “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável” e no parágrafo único do mencionado artigo diz-se que no caso de crime contra pessoa considerada vulnerável a ação penal é pública incondicionada. Portanto, numa interpretação literal da redação do art. 225, *caput*, a ação penal é subordinada à representação, porém, há autores que discordam dessa conclusão. Desse modo, surge dúvida em relação à ação penal no delito de estupro com resultado lesão corporal de natureza grave (§1º) ou morte (§2º), quando a vítima tem 18 anos ou mais: qual a espécie de ação penal? Pública Condicionada à Representação? Ou Incondicionada?

4.4.1 Ação penal pública incondicionada

Como já mencionado anteriormente, há divergências sobre o assunto, sendo que alguns autores dizem que a ação penal é pública incondicionada e outros dizem que é sim pública condicionada em acordo com a previsão do artigo 225 do Código de Processo Penal.

Em face da contrariedade da natureza da ação penal, no que diz respeito ao crime de estupro qualificado, prevista no texto do artigo 225, do CP, Greco ([?] apud BITENCOURT, 2010, p. 12) sugere que o dispositivo seja entendido da seguinte forma: “Nos crimes definidos no capítulo I somente se procede mediante representação, salvo se da violência resultar lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”. O que é totalmente inaceitável, em vista do princípio da legalidade, agravando a situação do acusado (BITENCOURT, 2010, p. 12-13).

Mesmo porque, como menciona Nucci, a Lei 12.015/2009 cria novos tipos penais incriminadores (2009, p. 107). Desse modo, quando se trata de normas incriminadoras, ou seja, “aquelas que definem o tipo penal”, qualificadoras, e outros, deve se observar, como regra essencial, que nunca “se poderá falar em aplicação da analogia ou de qualquer processo extensivo de interpretação” (OLIVEIRA, 2008, p. 20).

Compartilha também a sua posição, o professor Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 15), o qual crê ser lógico sustentar que se trata de ação penal pública condicionada no que tange ao crime de estupro de pessoa vulnerável, em face da divergência entre o “caput” e o parágrafo único do artigo 225, do Código Penal, e que em se tratando dos outros crimes, “dos demais capítulos do mesmo título”, o autor não vê “problema algum sobre a natureza da ação penal”. Levando a entender que ele nada tem contra a ação penal nos crimes de estupro com lesão corporal grave ou morte ser pública condicionada. No entanto, defende a manutenção da Súmula 608 do STF, pois para ele nos crimes de estupro com violência real a ação penal é pública incondicionada (BITENCOURT, 2010, p. 17-18). E, audaciosamente, continua descrevendo que:

O mérito da edição da súmula foi [...] fundamentalmente esclarecer que o estupro praticado mediante violência real é um *crime complexo* [...]. [...] a polêmica sobre a natureza da ação penal no crime de estupro praticado mediante violência real é, por si só, fundamento bastante para justificar a sua manutenção [...] (BITENCOURT, 2010, p. 18).

Tourinho Filho diante dessa contradição existente em torno da natureza da ação penal desse delito na modalidade qualificada, afirma que no caso de crime de estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte contra alguém com mais de 18 (dezoito) anos, pela redação do artigo 225, “caput”, a ação penal ficaria a mercê da representação da vítima, mas, nesses casos, o crime será complexo, “à dicção do artigo 101 do CP” (2010, p. 206). O mesmo autor, no seu artigo “Crimes Contra a Liberdade Sexual, em Face da Nova Lei” corrobora que realmente na hipótese do artigo 213, §1º e §2º, do CP, a ação penal será pública incondicionada (2010, p. 81).

Relembrando-se que o citado artigo dispõe:

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 (BRASIL, 2010-B).

Contudo, o mesmo autor aduz que durante os 69 (sessenta e nove) anos de vigência de nosso Código Penal a regra descrita no artigo que se refere ao crime complexo “jamais foi invocada”, e por esse motivo os seus doutrinadores a chamavam de “inócua”, vez que a solução “já vinha traçada na parte especial do estatuto”, pois o Código Penal já especifica quando a ação penal é pública incondicionada, condicionada ou privada, e o artigo 223 silenciava quanto à ação do crime de estupro na forma qualificada, no qual perfeitamente se invocava a regra do artigo 100 do CP solucionando a questão, porém, argumenta o autor, que em função da gravidade do delito e da revogação atual do artigo 223, do CP, a solução mais adequada é invocar a disposição “pertinente ao crime complexo, a menos que se de nova redação ao art. 225 do CP” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 206 e 207).

No mesmo caminho, destaca o emérito professor Bitencourt que:

[...] as normas que excepcionam a iniciativa da *persecutio criminis* são a razão de ser da previsão constante do art. 101 do CP. [...]. Em outras palavras, a previsão do art. 101 do Código Penal destina-se especificadamente àquelas infrações penais cuja *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras não

necessitam dessa previsão: são de ação pública incondicionada. Ademais, essa *interpretação sistemática* resolve a delicada questão sobre a natureza da ação penal do crime de estupro praticado com violência real (especialmente quando há morte da vítima), além de observar o *princípio da razoabilidade*, assegurando a harmonia hermenêutica do ordenamento jurídico nacional. Ou se ousaria afirmar que, mesmo havendo morte da vítima, se trata de ação penal pública condicionada à representação: logicamente não, afrontar-se-ia o *princípio da razoabilidade* (2010, p. 19).

Dessa forma, “[...] a natureza da ação penal no crime complexo segue a natureza da ação penal pública dos fatos que o compõem, e tanto a lesão corporal grave quanto o homicídio são crimes de *ação pública incondicionada*.” (BITENCOURT, 2010, p. 20). A crise interpretativa que levou o Supremo Tribunal Federal a editar a referida súmula 608 é a mesma que se apresenta nesse momento, portanto, justifica-se a manutenção da mesma para garantir “a melhor interpretação sistemática de nosso diploma legal” (BITENCOURT, 2010, p. 20).

Na opinião de Nucci, Código Penal Comentado, em razão da nova redação da norma do dispositivo 225, do Código Penal, pela superveniência da Lei nº 12.015, fica a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal afastada, pois entende que a alteração legislativa trazida pela nova lei faz cessar a aplicação da mesma; devendo-se buscar a solução para o “impasse” no artigo 101 do CP (crime complexo) (2010, p. 940). Continua o autor, concordando com Tourinho Filho, aduzindo que a posição dele e de seus cooperadores:

[...] em relação ao mencionado art. 101, era de refutar sua utilidade. Afinal bastava que o Código indicasse a espécie de ação penal, quando da redação dos tipos, ou, na ausência, seria ação pública incondicionada, sem necessidade de haver o preceito do art. 101 (NUCCI, 2010, p. 940).

Entretanto, o mesmo autor acima citado afirma que foi levado:

[...] a rever esse posicionamento, diante de grave erro do legislador. [...]. O estupro 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 [...]. 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 (NUCCI, 2010, p. 940 e 941).

Nucci concluiu que atualmente com o advento da Lei 12.015/2009, tornou-se importante o artigo que trata do crime complexo (art. 101, CP), devendo ele ser

aplicado para resolver o “lapso legislativo” no que diz respeito à norma do artigo 225 do Código Penal (2010, p. 546). Afirmando seguramente, na doutrina Manual de Direito Penal, que houve um:

[...] nítido descuido do legislador no tocante às formas de crimes qualificados pelos resultados lesão corporal de natureza grave ou morte. [...] Este é grave o suficiente para demandar ação pública incondicionada (2009, p. 840).

Esses posicionamentos dos autores como se pode perceber é um pouco controverso, pois os mesmos (Nucci e Tourinho Filho), assim como outros, acreditavam ser inócua a norma do art. 101 do CP, refutando-a. E, repentinamente, insatisfeitos por não acharem correta a disposição do legislador no citado artigo, que dispõe sobre a ação penal nesse crime na modalidade qualificada, resolvem mudar de posicionamento, afirmando que deve haver nesses casos a *persecutio criminis* por ação penal pública incondicionada. O que se comprova que os mesmos escrevem de acordo com conceitos, opiniões éticas e morais, próprios, levando o assunto a um imenso debate no universo jurídico.

Leonardo Barreto Moreira Alves entende:

[...] admitir que a ação penal, nessas hipóteses, seria pública condicionada à representação do ofendido significaria ir contra o próprio espírito da legislação, sem falar na notória violação ao princípio da proporcionalidade. Diante disso, recomenda-se seja feita uma interpretação conforme a Constituição para que a ação penal, no caso em tela, continue a ser pública incondicionada (2010, p. 93).

Posiciona-se Paulo Rangel, no seu recente livro atualizado, no sentido de:

[...] se o que se quer com a Lei 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes contra a dignidade sexual, protegendo-se a vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave (...), é intuitivo que a ação penal seja pública incondicionada (2010, p. 303).

Tourinho Filho ainda cita que mesmo depois que foi promulgada a Lei 9.099/95, cujo artigo 88 passou a definir que nos crimes com lesões corporais leves e culposas a ação penal era condicionada, a súmula continuou vigendo (2010, p. 83).

As mudanças foram tão significativas que resultou na Representação de Inconstitucionalidade, encaminhada ao Procurador Geral da República, sendo

elaborada por Artur de Brito Gueiros Souza (Procurador Regional da República na 2ª Região), o qual expõe que:

[...] o revogado artigo 223, do Código Penal, se encontrava no Capítulo IV, do Título VI, do CP, sendo certo que a redação anterior do artigo 225, do Código Penal, ao tratar da ação penal nos chamados crimes sexuais, nada dispunha acerca das qualificadoras sob comento. Em síntese, o estupro qualificado pelos resultados lesão corporal de natureza grave e morte era crime de ação penal pública incondicionada (artigo 100, CP). Na atualidade, passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação (artigo 100, § 1º, CP) (BRASIL, 2009-F).

Estabelece o §1º, do artigo 100: “§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça” (BRASIL, 2010-B).

Continua, o ilustre Procurador Regional da República, descrevendo que: “Em que pese o caráter positivo da referida inovação legislativa, [...], é forçoso reconhecer a existência de grave equívoco do legislador, consistente na nova redação do art. 225, do Código Penal” (BRASIL, 2009-F). E, vai além reforçando que:

Com efeito, a Lei n. 12.015, de agosto de 2009, ao alterar a redação do artigo 225, do Código Penal, exigindo a formalização de representação para a propositura de ação penal, beneficiou os acusados da prática de estupro (e atentado violento ao pudor) qualificados pelas lesões [...] ou pela morte da vítima. Ao beneficiar, como já dito, o sujeito ativo do delito, prejudicou, em sentido inverso, o bem jurídico dignidade da pessoa humana, titularizado pelo sujeito passivo do delito sexual, objetividade esta garantida pela Constituição Federal de 1988, exigindo, para os casos em tramitação, condição de procedibilidade antes inexistente, a ser atendida em exíguo prazo legal. [...]. Diante disso, por já se encontrar plenamente em vigência a Lei n. 12.015/09, tem-se que a melhor solução para a situação acima descrita é o reconhecimento da inconstitucionalidade do novo artigo 225, do CP, por afronta ao Princípio da Proteção Deficiente de bens jurídicos (BRASIL, 2009-F).

A afirmação de Gueiros Souza, sendo que no caso das modalidades qualificadoras do crime de estupro (art. 213, §1º e §2º, CP) o legislador exigiu a representação do ofendido, evidencia a preocupação com a ocorrência da extinção da punibilidade em função da decadência na falta de representação da vítima dentro do prazo de seis meses, e, ainda, a retroatividade da lei, por ser essa ação mais benéfica que ação penal pública incondicionada aplica nos casos anteriores à nova lei.

Relatando que, por este motivo: “[...] na data de 18 de agosto passado, subscreveu ao Exmo. Procurador Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, uma representação de inconstitucionalidade da Lei n. 12.015/09 [...]”, para que o Supremo Tribunal Federal analise o mais rápido possível, a gravidade da inovação legislativa, em benefício de toda a sociedade, assentando que, no estupro qualificado por morte ou lesão grave, a ação penal seja pública incondicionada (BRASIL, 2009-F).

O Procurador Geral da República, por sua vez, acatou a representação do Procurador Regional da República na 2ª Região, Artur Gueiros de Souza, e propôs a ADI (4.301), por entender que essas mudanças atariam o Ministério Público de tal modo que “significaria tolerar a impunibilidade em massa, dentre outras razões” (FEITOSA COELHO, 2009).

De acordo com as informações do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, foi na data de 14 de setembro de 2009, que Roberto Monteiro Gurgel Santos assinou e encaminhou a “Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em impugnação a parte do art. 225 do Código Penal [...] na redação dada pela Lei 12.015 [...]”, a qual foi autuada em 17/09/2009, e distribuída em 18/09/2009, tendo como relator o Min. Joaquim Barbosa (BRASIL, 2009-F).

Além do que não se pode deixar de explicitar que há um projeto de lei (PL de nº 6.831) do Deputado Paes de Lira tramitando na Câmara dos Deputados, sob a justificativa de que antes esse crime representava a “expressão de violência contra as mulheres”, que com o advento da lei nº. 12.015 de 2009 revogou-se o art. 214 do Código Penal e alterou-se o art. 213 do mesmo diploma, o que “acarretará na concessão da liberdade à centenas de condenados” (BRASIL, 2010-G). O Deputado visa à alteração do tão debatido artigo 225, bem como que seja dada outra redação ao parágrafo segundo, prevendo que esse fique da seguinte forma: “§2º Se a vítima for mulher e além da conjunção carnal ocorrer a prática de outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos”, e também almeja a inclusão de mais um parágrafo no artigo 213 do Código Penal, dispondo igualmente sobre a qualificadora de resultado morte, e, ainda, deseja a alteração do artigo 217-A, o qual deve dispor que: “§4º Se a vítima for mulher e além da conjunção carnal ocorrer a prática outro de ato libidinoso. Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos” e “§ 5o Se da

conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos” (BRASIL, 2010-G).

Menciona o Deputado Paes de Lira, afirmando que ele não propõe:

[...] no presente projeto alteração topográfica do dispositivo em tela, mas essa análise mostra-se de suma importância para analisarmos o crime de estupro com sua real gravidade, como algo que transcende à vontade da vítima, sendo lesado um bem indisponível, atingindo assim a própria sociedade, devendo então proceder-se mediante ação penal pública incondicionada (BRASIL, 2010-G).

Além disso, há outro Projeto de Lei (PL n° 7.688) apresentado em 03/08/2010, do Deputado Carlos Sampaio, o qual foi apensado ao PL de n° 6.831, e tem como objetivo de alterar e criar artigos no Título VI, da Parte Especial, do diploma penal, sob a ementa “tipifica o crime de atentado violento ao pudor e atentado violento ao pudor de vulnerável”, ou seja, alterando-se os dispositivos 213 e 217-A do CP (BRASIL, 2010-H).

E tem mais, Tourinho Filho destaca em seu artigo à revista *Magister de direito Penal e Processual Penal*, que o Senador Antônio Carlos Jr, da Bahia, apresentou projeto ao senado, propondo nova redação ao art. 225, do Código penal (2010, p. 83).

Constata-se que o Senador, acima citado, propôs o PLS sob o argumento de que:

[...] se alguém cometer estupro contra pessoa maior de dezoito anos e da violência empregada resultar lesão grave, não havendo representação, o criminoso poderá ficar impune. Igualmente, se resultar morte e a pessoa ofendida não tiver ninguém para fazer a representação, o criminoso poderá continuar impune, o que se mostra verdadeiro absurdo (BRASIL, 2010-I).

Assim, se o crime antes era submetido à ação penal pública incondicionada, e após a superveniência da lei nova continuar submetido a essa espécie de ação penal, fica nítido que continuará como já estava sendo processado, não se falando em retroatividade ou irretroatividade da norma (MOREIRA ALVES, 2010, p. 91).

Enfim, o debate é numeroso, cada qual com sua posição, mas não acaba por aqui, tão somente se mostrou algumas posições publicadas em livros e revistas científicas, e outras das inúmeras publicadas em artigos científicos do meio eletrônico.

4.4.2 Ação penal pública condicionada

Diante de todo o exposto daqueles que defendem ser a natureza da ação penal, pública incondicionada, passar-se-á aos autores que entendem contrariamente.

Anteriormente, quando se tratou da ação penal pública incondicionada no crime em apreço, mais exatamente na modalidade qualificada, demonstraram-se autores que opinam contrariamente a outros autores, os quais primam pela ação penal incondicionada à dicção do artigo 101 do Código Penal (crime complexo).

Porém, para Bitencourt o artigo 101 do Código Penal, contrariamente ao “[...] que se tem entendido, não só é especial, como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem insertos” (2010, p. 19).

Cabe ressaltar que Marques ensina em seu livro Tratado de Direito Penal, volume 3, que se dispensa a regra do artigo 101 do Código Penal, pois o próprio artigo 225 não prevê regra de procedibilidade para os crimes do artigo 223, assim a regra do “*caput*” do artigo 100 é suficiente (1999, p. 479). Dessa feita, reza o artigo 100 do Código Penal: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 2010-B).

Então, não é cabível a aplicação do artigo 101, do Código Penal, ao crime de estupro e suas modalidades qualificadoras, tendo em vista que o artigo 225 é específico, ou seja, delimita qual espécie de ação penal para cada caso.

Assim, em resposta à indagação do início do capítulo presente, qual seja a natureza da ação penal no crime de estupro com resultado qualificador, Luís Carlos Agudo, Delegado de Polícia em Itápolis (SP), em artigo ao Universo Jurídico, aduz que: “Não pode ser pública incondicionada, pois o art. 225, parágrafo único só estabelece essa ação penal para menores de 18 anos ou pessoa vulnerável, o que não é o caso” ([2009?]). Na hipótese, ter-se-á:

[...] ação penal pública condicionada à representação (em havendo lesão grave ou morte e a vítima não tem menos de 18 anos). No caso de morte a representação deve ser feita pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 24, § 1º do CPP) ([2009?]).

Sobre o assunto Luiz Flávio Gomes, pouco tempo após a superveniência da Lei 12.015/2009, afirma taxativamente em seu artigo “Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada” que:

Por força do atual art. 213 c.c. o art. 225, a ação penal no caso de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave passou a ser pública **condicionada**, como regra. Essa regra só admite duas exceções: 1) quando a vítima é menor de 18 anos; 2) quando a vítima é pessoa vulnerável (2009).

Flávia Adine Feitosa Coelho contesta aduzindo que apesar do entendimento demonstrado pelo Procurador Geral da República na ADI 4.301, corroborado parcialmente pelo Advogado Geral da União em ação ainda em andamento, na qual debate-se a inconstitucionalidade das regras inseridas no ordenamento processual penal entende-se que a norma que definiu que ação pena é pública condicionada foi razoável, sendo que quando se trata dos crimes contra a dignidade sexual, o interesse do Estado não deve prevalecer sobre o individual, tendo em vista que o mais afetado é a vítima, e não o Estado em si; e aduz também que “muitas vezes” não diz respeito a um “querer ou não” querer da pessoa, mas de uma reunião de sentimentos e lembranças do fato que novamente retornariam ao consciente da vítima; e “como dizem alguns, às vezes o melhor mesmo é esquecer” (2009).

Salienta a mesma, em contrariedade a ADI, ora, já citada, que:

[...] a questão de impunidade já levantada na ADI 4.301, deve ter valor menor que a da intimidade da vítima, ao sopesar os valores constitucionalmente garantidos, preservando-se a vontade da vítima, já brutalmente prejudicada pela fatalidade dos fatos. [...]. Enfim, temos em verdade a garantia de proteção da dignidade da pessoa humana (FEITOSA COELHO, 2009).

Nesse passo, corroboram João José Leal e Rodrigo José Leal, relatando que:

No que concerne à ação penal, a Lei 12.015/09 simplificou o texto do art. 225, do CP. Agora a regra geral é a de que, no caso dos dois tipos de estupro, "procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação". Portanto, foi abandonada a via da ação privada, para a persecução penal dos autores destes crimes sexuais. O argumento de que certos crimes podem atingir a imagem moral ou ético-social do ofendido

perante a vida comunitária e que, por isso, em determinados casos, é preferível a inércia da ação penal à estrepitosa repercussão de um escandaloso processo criminal, não justifica o recurso à ação penal privada. Basta condicionar o exercício da ação penal pública à representação do ofendido (2009).

Compartilha da mesma opinião, o informativo “on line” da escola do Ministério Público de Sergipe, o qual publicou que:

[...] Hoje, todavia, a regra passou a ser ação penal pública condicionada à representação nos crimes contra a liberdade sexual (Estupro; Violação sexual mediante fraude; Assédio sexual) e nos crimes contra vulneráveis. Porém, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal é pública incondicionada (2009).

Sobre o assunto (crime de estupro e ação penal), o E. Tribunal de justiça de Santa Catarina publicou, recentemente, uma decisão em que participaram do julgamento, realizado no dia 8 de setembro de 2010, os “Exmos. Srs. Des. Marli Mosimann Vargas e Newton Varela Júnior”, nos seguintes termos:

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. VÍTIMA MAIOR DE 18 ANOS. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. EXEGESE DO ART. 225 DO CÓDIGO PENAL, ALTERADO PELA LEI N. 12.015/2009. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA EM REPRESENTAR O RÉU OCORRIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. DISPENSA DE FORMALIDADE SACRAMENTAL. VÍTIMA, ADEMAIS, QUE SE HABILITOU NO PROCESSO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL ATENDIDA. EIVA INEXISTENTE. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2010-P) (grifou-se).

O recurso de Apelação acima julgado foi interposto pelo Promotor Público, insatisfeito com a sentença de primeiro grau, a qual decidiu que não havia no processo a representação da vítima, motivo pelo qual extinguiu a punibilidade do réu, e ainda o Promotor defende que “[...] a ação penal, nos crimes contra a liberdade sexual, no caso de violência real, é pública incondicionada, não se exigindo representação da ofendida, nos termos da Súmula 608 do STF. [...]” (BRASIL, 2010-P).

Em contrapartida, o Dr. Desembargador Relator Rui Fortes, em seu voto assim prelecionou:

Inicialmente, destaca-se que a Lei n. 12.015/2009 alterou a redação do art. 225 do CP, passando a definir que, nos crimes contra a liberdade sexual, como regra geral, a ação penal pública é condicionada à representação;

apenas quando a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, a ação penal é incondicionada (BRASIL, 2010-P).

Gomes destaca no seu artigo publicado, em que dado momento apresenta sua divergência ao Procurador Geral da República, que ingressou com a ADI nº 4.301 em razão do artigo 225, do Código Penal, junto ao STF, que a nova norma contida no artigo 225 do CP é: “[...] razoável e equilibrada. Andou bem em dispor que a ação penal, nos crimes previstos nos Capítulos I e II, seja, em regra, pública condicionada [...]” (2009); pois, o:

[...] escândalo do processo, muitas vezes, só intensifica a ofensa precedente (gerando o que se chama, na Criminologia, de vitimização secundária). [...]. Nada mais sensato, nos crimes sexuais em geral (e no estupro em particular), que condicionar a atuação do Ministério Público à manifestação de vontade da vítima (GOMES, 2009).

Rômulo de Andrade Moreira não se posiciona a respeito, mas dá a entender que o mesmo segue a regra definida na lei, pois apenas descreve que nos crimes definidos nos artigos 213 a 218-B, a ação penal passou a ser pública condicionada à representação, como regra, salvo se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, quando será ação pública incondicionada. Faz ainda uma indagação: “[...] como proceder em relação aos processos em trâmite, ainda pendentes de sentença transitada em julgado?”, apresentando sua posição. (2009, p. 87).

Não se desmerece o posicionamento de Lucas Correa Abrantes Pinheiro, Defensor Público do Estado de São Paulo, o qual com ênfase menciona que com a alteração da redação do artigo 225:

Os crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI do CP, ou seja, estupro (213), violação sexual mediante fraude (215), assédio sexual (216-A) e induzimento de menor de 14 anos à satisfação da lascívia de outrem (218), serão de *ação penal pública condicionada a representação*. Eis a regra que geral que só comportará uma exceção: *se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal será pública incondicionada* (2009, p. 67).

Plínio Antonio Britto Gentil e Ana Paula Jorge também seguem a disposição dada pela superveniência da nova lei, relatam que com a referida lei, a ação pública condicionada à representação “passa ser a regra, com uma única

exceção”, que é quando a parte ofendida tem menos de 18 anos ou vulnerável, procedendo-se por ação pública incondicionada (2009, p. 99).

Diante de todos os debates existentes, necessita-se trazer à memória que caso semelhante ocorreu com a promulgação da Lei n° 9.099/95 (Juizados especiais Criminais), ou seja, com a Lei n° 9.099/95 o legislador trouxe á “baila” que no caso de crime com lesão corporal leve e culposa, a ação penal deveria ser pública condicionada à representação, é o que diz o artigo 88 da mesma.

Traz o artigo 88 da Lei 9.099 de 1995, *in verbis*: “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.” (BRASIL, 2010-K).

E persistiu a aplicabilidade da ação penal pública condicionada, confirmando, tal situação, Bedê Junior e Senna, quando no livro Princípios do Processo Penal, dizem que, no caso de crime com lesão corporal leve ou culposa, “[...] desde o advento da Lei 9.099/95 passaram de ação penal pública incondicionada para pública condicionada à representação [...]” (2010, p. 309).

Corroborando com a afirmação, Tourinho Neto e Figueiredo Junior citam a apreciação do Inquérito 1055-3/AM pelo STF em Sessão Plenária de 24/04/1996 (DJ 24.05.1996), em que o Relator era o Min. Celso de Mello, o qual decidiu:

Lei 9.009/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos [...] ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88). [...] A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada à representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in iudicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. *Doutrina* (2010, p. 729).

E, ainda, o posicionamento de Luiz Regis Prado, em sua doutrina Curso de Direito Penal (2010, p. 640), onde ele aduz que:

Como regra geral, estabelece o legislador no artigo 225, caput, do Código Penal que a ação penal, nos crimes definidos nos capítulos I e II deste Título, será pública condicionada à representação da vítima.

Após tudo o que já foi posto à mostra, pode-se constatar-se que há “ tiro para todos os lados”, ou seja, autores que afirmam que a natureza da ação penal é

pública incondicionada, e outros que afirmam ser pública condicionada. Mas algo é certo, a nova lei diz que:

Ação penal

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

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2010-D).

A regra é condicionada para os capítulos anteriores, e encontra-se no capítulo anterior (Cap. I) a norma que trata do crime de estupro simples, e do estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte, mais exatamente no artigo 213 e parágrafos 1º e 2º, dessa forma, endente-se ser a natureza da ação penal pública condicionada mesmo.

4.5 A possibilidade da aplicação da retroatividade da lei penal na ação penal pública condicionada para os casos de crimes de estupro com lesão corporal grave ou morte praticados antes do advento da Lei nº. 12.015/09

A norma do artigo 225, do Código Penal, que trata da natureza da ação penal, a qual é de natureza mista, retroagirá para atingir os processos que estavam em andamento antes da sua vigência?

É uma indagação que leva a recapitular o que já foi visto no presente estudo a respeito da natureza da norma contida no artigo 225, bem como da regra da lei penal e processual no tempo.

Importante lembrar que a representação é condição de procedibilidade da ação penal pública, subtraindo do Ministério Público a iniciativa da ação penal, ficando a depender do ofendido; a representação e a requisição são condições de procedibilidade e não de punibilidade, mas a decadência do direito de representação extingue a punibilidade, e como a extinção da punibilidade reflete no *jus puniendi* do Estado, acaba não se sujeitando à norma intertemporal processual, pois, se inclui na norma penal, pelo que, deve retroagir a lei posterior, se for mais benéfica àquele que foi incriminado (TOURINHO NETO e FIGUEIREDO JUNIOR, 2010, p. 728 e 729).

Assim a representação tem natureza mista, ou seja, processual e penal (TOURINHO NETO e FIGUEIREDO JUNIOR, 2010, p. 729).

Rômulo de Andrade Moreira acentua que uma norma que exige representação para o exercício da ação penal tem aspecto material, tendo em vista que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, e também é norma processual, pois impõe condição de procedibilidade (2009, p.89). E “Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material deve ser aplicado o artigo 2º do CP, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes” (2009, p.89).

Frisa-se também que anos atrás houve uma discussão a respeito da alteração da ação penal nos termos da lei 9.099, na qual a ação penal passou de pública incondicionada para pública condicionada.

O legislador de igual modo impôs uma condição de procedibilidade nos crimes de estupro com resultado de lesão corporal grave ou morte, e no caso da Lei 9.099/95, artigo 88, a posição de que é ação penal pública condicionada perdura até hoje, e na época, de acordo com o posicionamento de Bedê Junior e Senna, acertadamente “[...], pode-se concluir que referida regra é inequivocadamente mais benéfica para o réu, devendo retroagir” (2010, p. 309).

Houve também divergências no concernente à decadência referente à lei dos Juizados Especiais Criminais, a regra do artigo 91 da Lei 9.099/95 em que prevê prazo decadencial de 30 (trinta) dias para os casos ocorridos antes da referida lei. E o caráter autônomo da norma inscrita no art. 88 da lei 9.099/95 torna-a aplicável tanto dentro como fora do Juizado Especial Criminal (JESUS, 1997, p. 103).

Debates acalorados a respeito da irretroatividade, como também do prazo decadencial, foram resolvidos pela jurisprudência. Nosso Egrégio Tribunal em decisão na data de 19/12/1995, a saber:

LESÕES CORPORAIS LEVES. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.099, DE 26.11.95. REPRESENTAÇÃO. EXIGÊNCIA COMO CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE DO PROCESSO. (LEI CITADA, ART. 91). NORMA DE CUNHO PENAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS PENDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO (BRASIL, 2010-M).

Em que pese o artigo 91 da Lei 9.099/1995, o qual dispôs o prazo de trinta dias para representação, esse apenas operou transitoriamente, ou seja, nas

situações em curso (KARAM, 2004, p. 146 e 147). Portanto, as situações ocorridas após a entrada em vigor da referida lei, seguiu-se a regra do art. 103 do CP e art. 38 do CPP, os quais explicitam que decairá do direito quem não representar dentro do prazo de seis meses, pois, deste modo, prelecionou o artigo 90 da lei (KARAM, 2004, p. 146 e 147).

Segundo Nucci (2009, p. 839) e Cunha (2009, p. 63), a mudança da titularidade da ação penal, ou seja, a definição da natureza da ação penal cuida-se, de norma mista, pois possui conteúdo processual e penal, desse modo, cabível a retroatividade nos casos em que a norma beneficie o acusado. Recordando-se que a coisa julgada é o limite a todo o exposto sobre as normas mistas ou leis mistas, sendo que já houve transito em julgado, não se pode aplicar a retroatividade havendo processo findo (NUCCI, 2009, p. 839 e CUNHA, 2009, p. 63).

Portanto, nessa “[...] situação deverá ser afastado o princípio da aplicação imediata, devendo incidir a regra de retroatividade da lei mais benigna” (BEDÊ JUNIOR e SENNA, 2009, p. 309). Mas, deve-se ter em mente que:

[...] se a nova lei viola ou não os direitos e liberdades fundamentais. Em caso positivo, impõe-se o respeito ao princípio da irretroatividade da lei, sob pena de clara violação aos direitos humanos, e, portanto, aos postulados do devido processo legal (BEDÊ JUNIOR e SENNA, 2009, p. 311).

Dessa forma, em caso negativo, como se viu impõe-se a retroatividade. Bedê Junior e Senna ainda prelecionam um exemplo, no qual se insere no contexto presente, assim:

[...] se a lei nova passa a exigir representação para a propositura da ação, ao contrário do que dispunha a lei anterior, ela também é [...] retroativa, se benigna. [...], pode-se concluir que referida regra é inequivocadamente mais benéfica para o réu, devendo retroagir, entendimento, aliás, que acabou prevalecendo na doutrina (2010, p. 309).

Então, pode-se dizer que:

[...] nos casos em que ação penal era pública incondicionada [...], e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, *caput*, CP). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da *persecutio criminis in judicio* tornou-se mais difícil para o MP, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, [...]. Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º do CP, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes (MOREIRA, 2009, p. 89).

A respeito da lei 12.015 e sua possibilidade de retroatividade benéfica, verificado os Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Santa Catarina, verificou-se que no momento, os tribunais apenas estão tratando da união ou unificação do atentado violento ao pudor ao estupro (artigo 213 do CP), como se pode verificar no E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

CRIMES DE ESTUPRO EM CONTINUIDADE DELITIVA E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE DELITIVA, TUDO EM CONCURSO MATERIAL -CONDENAÇÃO - APELAÇÃO - SENTENÇA CONFIRMADA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PEDIDO MODIFICATIVO - ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO ENTRE O ACORDÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI NOVA MAIS BENÉFICA RETROATIVIDADE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO VENTILADA NA APELAÇÃO - NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL - LEI 12.015/09 - ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL QUE SE ACOLHE TENDO SIDO REVOGADO EXPRESSAMENTE O ARTIGO 214 DO CÓDIGO PENAL NÃO HÁ FALAR EM DOIS TIPOS PENAIIS DISTINTOS - EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DIVERSOS CRIMES DE ESTUPRO QUE NÃO FERE QUALQUER DISPOSITIVO PENAL - EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. (BRASIL, 2010-N) (grifou-se).

E o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim, está decidindo, a saber:

RECURSO DE AGRAVO. APENADO CONDENADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS CONTRA MENOR DE 14 ANOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ADVENTO DA LEI 12.015/09. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 2º, DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. NOVA CAPITULAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. READEQUAÇÃO DA PENA PROMOVIDA PELO MAGISTRADO COM BASE NA SANÇÃO COMINADA A ESTE. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA CUJA FIXAÇÃO OBSERVARÁ O PRECEITO SECUNDÁRIO DO PRECEITO REVOGADO (ART. 213 DO CÓDIGO PENAL). LEX MITIOR."A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal). A norma de direito material que beneficia o réu se aplica retroativamente. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIMES PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA QUE CESSARAM APÓS O ADVENTO DA LEI 11.464/07. NECESSIDADE DO RESGATE DE DOIS QUINTOS DA SANÇÃO PARA QUE O REEDUCANDO FAÇA JUS À BENESSE. SÚMULA 711 DO STF. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência" (Súmula 711 do STF). (BRASIL, 2010-M). (grifou-se).

No que tange ao posicionamento sobre a lei possuir caráter penal e retroagir, pode-se extrair-se da jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina da data de 05/04/2010, ao tratar do crime de estupro e atentado violento ao pudor, o seguinte:

[...] Assim, a Lei n. 12.015/2009 [...] Tratando-se de lei penal de caráter permanente editada posteriormente ao fato sob análise, por estar impregnada de carga normativa benéfica ao réu, deve alcançar a conduta do paciente, ainda que esta tenha se dado em momento anterior à sua vigência, em observância ao princípio da RETROATIVIDADE da lei penal mais benéfica, conforme disposto na CF/88 em seu art. 5º, XL que determina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" e na regra intertemporal preconizada pelo art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que assim dispõe: "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (BRASIL, 2010-O).

Ademais, Nucci deixa bem claro no livro Crimes Contra a dignidade Sexual: comentários à Lei 12.015/09, que:

Constitui garantia fundamental a aplicação da lei favorável de forma retroativa, nos termos do art. 5º, XI, da CF. Sob o mesmo prisma, preceitua o art. 66, I, da Lei de Execução Penal, competir ao juiz da execução "ampliar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado" (2009, p. 63).

Obstante a regra da retroatividade, Gomes em sua obra de comentários sobre as reformas criminais de 2009 comenta que se a ação já iniciou antes do advento da nova lei, ou seja, antes de 10.08.09, segue-se a regra do *tempus regit actum*, em que os atos anteriores são válidos (2009, p. 63). Assim, os processos iniciados serão preservados, não há necessidade de representação da vítima. A lei nova não exigiu essa manifestação como fez no artigo 88 da Lei n. 9.099/95, ou seja, não criou nenhuma condição para prosseguir (2009, p. 63).

Porém, a posição majoritária diz o contrário de Gomes (2009, p. 63), e é o mais plausível, portanto, se o crime era de ação penal pública incondicionada e passou a ser de ação penal pública condicionada, é óbvio que há melhoria na situação do ofensor, pois esse pode agora ser beneficiado com o instituto da decadência, e conseqüentemente a extinção da punibilidade, se caso não houver a devida representação.

Além da discussão da retroatividade, discute-se também a respeito do prazo decadencial, sendo que constitui uma legítima condição de prosseguibilidade,

sendo que o legislador nada dispôs na lei, como ocorreu em 1995 na Lei n 9.099 (JECRIM).

O autor Rômulo de Andrade Moreira diz que por haver uma lacuna a ser suprida, dever-se-ia por analogia aplicar a regra do artigo 90, da lei 9.099/95, pois o legislador sobre o prazo não se pronunciou (2009, p. 91)

O que é totalmente descabido, em virtude da regra do CP para tanto, qual seja de seis meses.

A decadência se dá no prazo de seis meses, segundo o artigo 107 do Código Penal, para os crimes de estupro com lesão corporal grave ou resultado morte, pois não cabe a regra do artigo 91 da Lei 9.099/95 em que prevê prazo decadencial de 30 (trinta) dias para os casos ocorridos antes da referida lei, sendo que não é sensato.

Luiza Nagib, do mesmo modo, defende que o prazo decadencial para a representação é de seis meses, e ainda o critica, afirmando que às vezes é necessário mais tempo para que a vítima se recupere do trauma e perceba a importância de punir o agressor. (2009, p. 106). Do mesmo modo, sustenta Brito Gentil e Ana Paula Jorge (2009, p. 99).

A esse respeito, também, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão já citado, afirmou que se sujeita “[...] à decadência se aquela não for manifestada no prazo de 6 (seis) meses contados do dia em que tiver conhecimento da prática do crime (arts. 100 e § 1º e 103, do Código Penal)” (BRASIL, 2010-O).

Já Nucci diz que o magistrado deve mandar intimar a vítima, “[...] a fim de colher de imediato (não há novo prazo de seis meses para tanto) a sua manifestação” (2009, p. 69).

Há autores que sustentam que o legislador se enganou, e, portanto, a ação penal no crime de estupro com resultado qualificador deve ser pública incondicionada à dicção da norma do crime complexo ou em acordo com a Súmula 608 do STF. E há autores que dizem que a lei é razoável e sensata, devendo se obedecer à condição de procedibilidade imposta pela norma do artigo 225 do CP nesse crime. Mas é evidente que só o tempo dirá mesmo qual natureza da ação penal, como ocorreu com a Lei 9.099, como também com a Lei 11.340/2006 (Maria da Penha).

A partir dos autores e julgados aqui apresentados, conclui-se que ainda há grande discussão sobre o tema, o que se demonstra até por a lei ser recente que não há entendimento pacificado nos tribunais.

Todavia, não causará maior espanto caso se daqui algum tempo sobrevenha decisão em sentido contrário, ou seja, entendendo pela incondicionalidade da ação penal nos crime de estupro com resultado de lesão corporal grave ou morte.

Por fim, pode-se dizer, oportunamente, que:

As regras jurídicas debruçam sobre o fato cultural, repercutindo os clamores da sociedade, embora algumas vezes em instante retardatário. Essa ressonância exige constante observação dos fenômenos sociais e pronta atualização das normas enfraquecidas pelo inesperado acontecimento humano (GIORGIS, 2010, p. 20).

Percebe-se que no meio jurídico, dia a dia, no Foro e nas Câmaras, esquentam-se os debates sobre textos de uma clareza duvidosa, bem como entre os doutrinadores e os próprios juízes discutem e afinal decidem sobre as verdadeiras exegeses de normas aparentemente perfeitas.

As questões ora levantadas nesse trabalho são sem dúvida polêmicas, assim será que: no concernente a ADI, será declarada a inconstitucionalidade do art. 225, do Código Penal? E os Projetos de Lei prosperarão? E, principalmente, reconhecer-se-á que é competente a ação penal pública incondicionada ou condicionada no caso de crime de estupro com resultado de lesão corporal de natureza ou resultado morte? Somente o tempo trará respostas.

Contudo, conclui-se que é possível a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, tendo em vista que o legislador não ficou silente no caso em apreço, pois expressamente impôs uma condição de procedibilidade também para as formas qualificadas em disposição nos parágrafos 1º e 2º do art. 213, do Código Penal. Dessa forma, como a norma que trata da ação penal é de natureza mista, entendível que se deve aplicar a regra intertemporal penal a ela. Portanto, aplica-se a retroatividade benéfica ao agente do crime. E ficaria inócua a regra geral contida no artigo 101, sendo que prevalece à norma especial sobre a geral, e a norma do artigo 225 é especial em relação ao artigo 101, como se pode constatar em citações de alguns autores.

5 CONCLUSÃO

Tomando como marco teórico o exposto no desenrolar deste trabalho, por meio de estudo específico sobre o assunto em livros, artigos científicos e jurisprudências, fez-se uma análise e síntese do pensamento dos autores adotados como referências bibliográficas, com a finalidade de se mostrar a possibilidade da aplicação da retroatividade da lei penal na ação penal pública condicionada para os casos de crimes de estupro com lesão corporal grave ou morte praticados antes do advento da Lei nº. 12.015/09, realizando-se, também, um estudo jurisprudencial no TJ-SC e TJ-RJ, para se ter noção do que está se decidindo na região sul e sudeste do país.

Conclui-se, num aspecto geral, como é importante estabelecer o tipo penal, a pena e ação penal pela qual ocorrerá a *persecutio criminis* de forma correta, pois esses aspectos envolvem não só os legisladores, os doutrinadores, os aplicadores da lei, como envolvem, principalmente, toda uma sociedade.

Sociedade essa que muitas vezes é vítima e autora desses tipos penais (delitos), e por essa razão, ou melhor, para que se consiga viver em harmonia na sociedade é que se deve legislar, buscando o melhor e o possível para a proteção dos bens jurídicos de todos os cidadãos. E foi dessa busca que surgiu a Lei nº 12.015/2009, alterando substancialmente todo o título antes chamado “Dos crimes contra os costumes”, trazendo para o Código Penal, em sintética análise: *revogações; alterações* (art. 2º) e - *inclusões* (art. 2º e 3º).

Assim, em função da disposição da lei nova, o crime de estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte deve ser perseguido por meio de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou quem tenha qualidade para tanto no caso de morte da mesma. Dessa feita, consoante a norma do artigo 225 do Código Penal ter aspectos penais e processuais, sendo então, pacificamente considerada uma norma mista, e como à uma norma mista deve-se aplicar a regra temporal penal, nada mais certo que se a norma nova for mais benéfica ao agente deve retroagir alcançando os atos pretéritos dos processos em andamento.

Após consultas nos julgados no Tribunal de Justiça Catarinense e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, restou evidenciado que o entendimento é de

que se a norma é mais favorável, deve-se sim aplicar-se a retroatividade da lei penal mais benéfica, tendo em vista também que a lei possui caráter penal, além do processual.

Portanto, de acordo com os autores estudados, deve sim aplicar-se o Princípio da Retroatividade da lei penal mais benéfica no caso de crime de estupro com resultado de lesão corporal de natureza grave ou morte, aguardando-se a devida representação, ficando à mercê do prazo decadencial prelecionado no artigo 103 do Código Penal, ou seja, seis meses, e após esse intervalo de tempo declara-se extinta a punibilidade, consoante o inciso IV, do artigo 107 do diploma penal, pela falta de interesse em representar.

Por fim, foi uma iniciativa positiva em tornar, em regra, a ação penal pública condicionada à representação do ofendido nos crimes, agora chamados “crimes contra a dignidade sexual”, dos capítulos I e II, pois além de se fazer a tão esperada reforma corrigindo-se distorções antigas de acordo com a evolução da sociedade, o interesse da vítima e da sociedade foram mais bem conciliados.