

INTRODUÇÃO

O Direito, além de ser um fenômeno de ordem jurídica, é primordialmente um fato social, devendo sempre estabelecer-se em consonância com os anseios e necessidades sociais, para que os fins do Estado Democrático possam ser atingidos de forma justa e eficaz, tipificando única e exclusivamente condutas que, em virtude de seu grau de reprovação e nocividade à paz social, tenham verdadeira relevância para a sociedade. Assim, o Direito deve estar em constante dinâmica, adaptando-se às novas realidades.

A Lei 12.015/09 entrou em vigor na data em que foi publicada, ou seja, 10 de agosto de 2009. Lembrando, todavia, que nas diversas hipóteses em que ela for mais benéfica, a mesma retroagirá, isto é, se aplicar a parte benéfica da Lei 12.015/09 para um acusado, deixando de aplicá-la na parte mais gravosa para essa mesma pessoa. Em outras palavras, em cada caso concreto, deverá o juiz ou aplicá-la por inteiro se for mais benéfica no conjunto, ou deixá-la de aplicar. Pode, todavia, ela ser mais benéfica para um réu e mais prejudicial para outro, por isso, a análise deve ser caso a caso. Em diversos tipos penais comentados neste trabalho, mencionamos hipóteses em que esta lei é mais benéfica.

É inegável, pois, a necessidade de alteração de muitos dos tipos penais trazidos neste Código, especificamente em se tratando de seu Título VI, que antes dispunha sobre os crimes contra os costumes, cuja tutela se dirigia tão somente à proteção de uma moral sexual de uma época já anciã. Portanto, diante desta necessidade, a alteração do Título VI, para uma nova denominação de crimes contra a dignidade sexual foi sobremaneira acertada, coadunando, a partir da promulgação da Lei 12.015/09, com a própria ideologia constitucional, qual seja o respeito às garantias fundamentais e aos direitos humanos, procurando expiar-se de qualquer forma de discriminação em suas previsões legais.

Tal pressuposto encontra sustentação no pensamento de Guilherme Souza Nucci, marco teórico da presente monografia, quando o mesmo apresenta o texto abaixo:

A nova disciplina legal estabelece que o padrão passa a ser ação penal pública condicionada à representação da vítima. A única exceção, tornando a ação

penal pública em incondicionada, concentra-se na vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável... Deve-se salientar a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afasta-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção a intimidade, evitando-se o escândalo do processo. Ora, toda a ação passa a ser pública condicionada à representação, o que confere aos crimes sexuais maior coerência.¹

Ademais, Fernando da Costa Tourinho, fala ao respeito:

A Lei 12.015/09, nesses crimes, até então denominados contra os costumes deixou de distinguir a ofendida de posses da pobre. A regra e esta: nesses crimes de ação penal será pública condicionada à representação. Todavia, se cometidos contra menor de 18 anos, ou pessoa vulnerável, a ação penal torna-se pública incondicionada.²

O objetivo foi investigar as conseqüências que a nova lei trouxe com a respectiva mudança da titularidade da ação penal, já que as ações penais têm procedimentos distintos, cada qual com seus pontos positivos e negativos para o acusado.

Diante do problema e os processos que estavam em andamento antes da Lei 12.015/09, sabe-se que estes processos eram ação privada e de repente tornam ação penal condicionada a representação, como ficará, será que todos estes devem ser suspensos e aguardar a representação do ofendido?

Uma solução prática e compatível seria a aplicação do princípio da legalidade, afirmando ser categoricamente, ser a ação pública condicionada à representação. Mas sabe-se que a retroatividade é imperiosa, pois o art. 225, do Código Penal, tem sérias implicações de ordem material. Até porque o art. 2º do Código de Processo Penal consagra que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Assim, o princípio é de efeito imediato e nada mais é que um nome específico para o princípio da irretroatividade da lei. A regra é ser a lei irretroativa, em razão de segurança jurídica.

O presente trabalho abordará questões como o estupro e atentado violento ao pudor, a importância de sua unificação e conseqüências, os princípios que regem a ação penal, a atenção a ser dada ao princípio da irretroatividade da lei penal, dentre outras considerações, demonstrando ao final a melhor interpretação no que tange a

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.69.

² TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.191.

titularidade da ação penal á luz da legislação, doutrina e jurisprudência, atualizadas.

A monografia é composta de quatro capítulos. O primeiro capítulo trata da aplicação da lei processual penal no tempo, no qual aborda questões sobre qual lei que deve ser aplicada, quando entra uma nova norma em vigor, questiona-se a retroatividade, irretroatividade da lei, dentre conceitos processuais. O segundo capítulo traz os princípios que regem o processo penal, ou seja, traz os princípios norteadores do processo. O terceiro capítulo trata da ação penal privada, conceituando-a, descrevendo sua origem, e trazendo questões controvertidas sobre o tema. Por fim, no quarto e último capítulo explana-se sobre a ação penal pública, conceituação, e suas formas, ação penal pública condicionada e ação penal pública condicionada á representação.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Conceituando a ação penal, pode-se dizer que é o direito subjetivo de pedir o pronunciamento jurisdicional para a aplicação da lei penal a um caso concreto, e o fundamento desse direito repousa na proibição da autodefesa.

Conforme nos ensina o professor Torino:

Uma vez que o Estado chamou para si a tarefa de Administrar Justiça através dos Juizes, vale dizer, do Poder Judiciário impossibilitados ficaram os particulares de auto executarem os seus direitos, surgindo, assim, para eles, como corolário lógico daquela proibição, o direito de se dirigirem aos juizes e deles invocar a tutela jurisdicional, todas as vezes que sentirem violados seus direitos.³

A ação penal é tratada no Código Penal em seus artigos 100 e seguintes e no Código de Processo Penal nos artigos 24 e seguintes.

Ora o exercício da ação encontra-se sujeito a existência de três condições, que são elementos necessários para que o julgador decida do mérito da pretensão. São a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimação para agir. A possibilidade jurídica do pedido refere-se ao fato de a pretensão do autor ser admissível pelo direito objetivo, ou seja, “que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado.”⁴

O interesse de agir, nasce da resistência de alguém á satisfação da pretensão de outrem, visto que não pode fazer justiça com as próprias mãos. No processo penal ele surge quando a lei expressamente exige a intervenção do judiciário.

O pedido deve ser necessário, ou seja, o autor do pedido não pode obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Assim sendo, faltarão o aludido interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável.

No processo penal, a necessidade é absolutamente presumida, porque não há pena sem o devido processo penal.

³ TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo de Penal**. 11, ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.120.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

Mesmo com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, criadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao contrário do que apregoam alguns o postulado acima não sofreu alteração, pois a aludida lei em hipóteses taxativamente previstas em seus artigos 76 e 89, "quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal" facultando ao Ministério Público dispor da *persecutio criminis* para adotar uma via alternativa, a proposta de transação.⁵

O instituto é despenalizador, ocorre uma proposição ao autor do fato, para que cumpra certas condições. Porém está fundamentado no princípio da autonomia da vontade do acusado.

Destarte, o aceite ou não da proposta, é estratégia de defesa, por outro lado, questiona-se até que ponto pode o interessado consentir na lesão de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com Paulo Rangel:

Da se como certo ainda o referido o autor, que para o exercício de um direito constitucional nos parece justo que o acusado possa abrir mão de outros direitos da mesma natureza assim, sua aceitação nada mais significa que a expressão da ampla defesa constitucionalmente garantida.⁶

E a legitimação para agir, esta condição refere-se às partes, ou seja, somente o titular do interesse é que pode propor a ação.

E no processo penal há uma legitimação genérica, que é a do Ministério Público, desde que a lei expressamente não disponha de modo diverso.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 564, inciso II, determina que por ilegitimidade de parte ocorrerá nulidade absoluta.

Tendo em vista que nosso Código adotou o critério da legitimidade para classificar a ação penal, a matéria será melhor examinada em item posterior.

O que concerne a sua classificação, a ação, segundo o conteúdo da tutela jurisdicional invocada obedece a clássica divisão tripartida, repartindo-se em ação de conhecimento de natureza condenatória, declaratória e constitutiva, ação cautelar e ação de execução.

Há também a classificação subjetiva da ação, a qual leva em consideração o

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.63.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.212.

sujeito que a promove. Assim sendo, nos termos do artigo 100 do Código Penal, a ação penal é pública e nos casos expressamente previstos será de iniciativa privada.

Assim sendo, verificamos que o critério em estudo comporta uma subdivisão. A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, por meio da denúncia, porém, pode ser ela ação penal pública plena ou incondicionada, quando é proposta independentemente de quaisquer condições, e poderá ser ação penal pública condicionada, quando o Ministério Público, muito embora continue como *dominus litis*, dependa de uma condição para propô-la.

O titular da ação penal privada é o ofendido ou seu representante legal, e se inicia sempre por meio de queixa, subdividindo-se em ação penal privada exclusiva, quando estiver expressamente prevista na lei e ação penal privada subsidiária da pública, quando for intentada pelo particular nos crimes de ação penal pública, se o órgão competente não oferecer a denúncia no prazo legal.

Um dos princípios que regem o direito processual penal é o princípio da legalidade, já que os órgãos incumbidos da persecução penal não possuem poderes discricionários, ou seja, não podem atuar com conveniência ou oportunidade, na instauração de um processo ou inquérito. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares.

Exceções ao princípio são os crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, vigorando, quanto aos últimos o princípio diametralmente oposto: o da oportunidade, segundo o qual o estado confere ao titular da ação penal dada parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidades.⁷

O princípio que rege o direito processual penal é o do “*tempus regit actum*” que tem dois efeitos, os atos processuais realizados sob a lei anterior se consideram válidos; e as normas processuais tem aplicação imediata.

Assim, conforme o art. 2º do Código de Processo Penal preleciona que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. O princípio do efeito imediato é nada mais do que um nome específico para o princípio da irretroatividade das leis. A regra de qualquer lei será irretroatividade, em razão da necessidade jurídica.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.33.

O processualista Denilson Feitoza ensina que:

Quanto o princípio do “*tempus regit actum*” ou princípio do efeito imediato no tema da competência em geral e da competência recursal. Além disso, a noção do princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*”, princípio da perpetuação da jurisdição ou princípio da “*perpetuatio fori*” e as divergências jurisprudenciais sobre o assunto.⁸

Desta forma, quanto a vigência, se nada dispuser a lei processual penal está entrará em vigor em 45 dias após sua publicação em território nacional, ou três meses após nos estados estrangeiros que admitem sua aplicabilidade, mas pode a lei processual também estabelecer que entrará em vigor na data da publicação ou a partir de dia determinado.

Conclui-se que diante de uma norma que prejudique o acusado, não pode ela ser aplicada, sob pena de violar o princípio da irretroatividade da lei penal, já que a norma só pode retroagir, se para beneficiar o acusado, não para prejudicá-lo, desta forma estaria à própria lei agindo em desconformidade com os próprios princípios que regem o direito processual penal.

⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito processual Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 108.

CAPÍTULO I DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

1.1 Considerações introdutórias

Todas as leis tem sua vigência a partir de sua promulgação e publicação, ou após decorrer o prazo de vacância que lhe tenha fixado.

A própria lei de Introdução ao Código Civil estabelece as regras pertinentes à vigência das leis no Brasil. No silêncio quanto à sua vigência, vigorará quarenta e cinco (45) dias após a sua publicação (art. 1º, do Decreto Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1.942), salvo quando a própria lei estabelecer prazo diverso. Se republicada a lei, por motivo de incorreção, o prazo de vacância reinicia-se na data da republicação (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º, § 3º); se as correções forem publicadas depois de sua vigência, estas serão tidas como lei nova (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º, § 4º).

A revogação da lei faz cessar sua vigência. Também podem ocorrer supressões ou reformas parciais hipótese em que perde sua eficácia em parte. A ab-rogação expressa se produz quando entra em vigor a lei revogatória; a tácita, quando entra em vigor a lei de cuja matéria se pode inferir a revogação da outra. O mesmo acontece em matéria de derrogação.

É precisamente nesse campo da sucessão de leis processuais penais que se coloca o tema da eficácia temporal da lei processual penal. Trata-se de saber a eficácia, no passado, presente e futuro, de uma lei que tenha entrado em vigor e de uma que tenha sido ab-rogada ou derogada, ou seja, saber se a nova lei processual penal regulará os atos processuais realizadas sob o império da lei anterior que substituiu (eficácia retroativa), ou somente os que vierem a ser realizados depois de sua vigência (aplicação imediata), bem como se a lei processual penal substituída deve ou não regular situações e atividades posteriores à sua derrogação (aplicação ultra-ativa).

É como preceitua o ilustre professor Eugênio Pacelli:

Se a interpretação de princípios constitucionais demanda grandes esforços no campo da hermenêutica e da teoria do Direito, sobretudo em razão das exigências de acomodação de inúmeros e distintos interesses de uma sociedade cada vez mais plural e, por isso, complexa, as normas atinentes à legislação processual pena oferecem espaço muito reduzido⁹.

Desta maneira, nenhuma forma de manifestação de vida consegue evitar a ação corrosiva e implacável do tempo, a lei penal, nasce, vive e morre. E desde que uma lei entra em vigor, ela rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse a sua vigência. Como regra, a lei anterior, perde sua vigência quando entra em vigor uma lei regulando a mesma matéria.

Afinal, qual a lei a ser aplicada, a do tempo da prática do fato ou a posterior? Questão aparentemente simples relativa ao direito intertemporal, mas que no cotidiano, pode apresentar inúmeras dificuldades para a solução do conflito de leis penais no tempo.

Pode acontecer, que a infração penal iniciada sob a vigência de uma lei venha a consumir-se sob a vigência de outra, ou então, que o sujeito pratique uma conduta criminosa sob a vigência de uma lei, e a sentença condenatória venha a ser prolatada sob a vigência de outra, que comine pena distinta de primeira, ou ainda, que durante a execução da pena surja lei nova regulando o mesmo fato e determinando sanção mais suave.

Alguns princípios procuram oferecer a solução do conflito de leis penais no tempo, solução para aquelas que são consideradas as hipóteses mais comuns em matéria criminal.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.11.

1.2 Princípios da lei penal no espaço

1.2.1 Irretroatividade da lei penal

Se existe regra, como de fato existe, em termos de conflito de leis penais no tempo, a regra é a irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria segurança nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

O princípio da irretroatividade da lei penal também tem por finalidade de proteger o indivíduo contra o próprio legislador, impedindo-o de minimizar novas condutas, já praticadas por aquele, que, desconhecendo tal circunstância, não tem como nem por que evita-la. A irretroatividade penal é corolário do princípio da anterioridade da lei penal, segundo a qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes de sua prática.

A lei nova extrapenal, aliás, só não pode retroagir quando ocorrer direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). A lei processual penal brasileira não é retroativa pois se aplica aos fatos processuais ocorridos durante a sua vigência, permitindo a Constituição Federal a retroatividade desde que não prejudique a coisa julgada. O autor do crime não tem o direito adquirido de ser julgado pela lei processual vigente ao tempo em que ele ocorreu, mas apenas que a lei nova respeite as garantias constitucionais do devido processo legal, com os seus corolários explicitados na Carta Magna.

A irretroatividade da lei penal tem fundamentação absolutamente distinta daquela atinente à legislação processual penal. Na lei penal, parte-se da idéia de que o agente do crime, ao praticar a infração, possa avaliar as conseqüências de sua ação no campo jurídico, de tal maneira que a pena, eventualmente aplicada a ele, possa ser entendida como o custo

correspondente ao benefício alcançado. De todo modo, já que a lei presume o conhecimento dela, há de presumir que a pena se encontre também nas cogitações do autor do fato delituoso. por isso, uma vez praticado o crime, não se pode alterara punição.¹⁰

O princípio da irretroatividade da lei penal limita-se às normas penais de caráter material, entre as quais se incluem aquelas relativas às medidas de segurança, que indiscutivelmente, integram a seara do direito penal material.

Não se pode negar, porém, que existem normas mistas, ou seja, que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual. São normas penais, as que versam sobre o crime, a pena, os efeitos da condenação e, de um modo geral, o *jus puniendi* (por exemplo; extinção da punibilidade). São normas processuais, as que regulam o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Ora, se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra penal, de direito material, aplica-se a ela os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.

Assim, embora as regras sobre ação penal e representação sejam leis processuais, como a falta de iniciativa da parte na ação privada e na ação pública dependente da representação pode acarretar a decadência, que é matéria penal ligada ao *jus puniendi*, não pode ser aplicada a lei nova que impede a extinção da punibilidade, por ser mais severa. Os fatos anteriores à lei nova, que agora prevê a apuração mediante ação penal pública incondicionada, só podem ser apurados mediante queixa ou representação, como dispunha a lei anterior, diante da ultratividade da lei mais benigna. Esse princípio não se aplica à requisição do Ministro da Justiça já que a ausência desta não causa a extinção da punibilidade.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p.11.

1.2.2 Retroatividade da lei penal mais benigna

No conflito de leis penais no tempo, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já está revogada. O inverso também é verdadeiro, ou seja, quando lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.

A lei penal mais benéfica, não só é retroativa, mas também ultrativa. a eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica, sob o império da qual foi praticado o fato delituoso, deve prevalecer sempre que, havendo sucessões de lei penais no tempo, constatar-se que o diploma legal anterior era mais benéfico ao agente.

Mas o que vem a ser a lei penal mais benigna? César Roberto Bitencourt, traz um conceito sobre o tema, vejamos:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza, material, que de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal.¹¹

É evidente, também, que uma nova lei processual penal pode acarretar maiores gravames para o autor do delito se, por exemplo, restringe o direito à liberdade provisória, exclui um recurso, aumenta as hipóteses de prisão preventiva, diminui os meios de defesa etc. Mesmo assim, aplica-se o princípio do efeito imediato previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal, que não contraria, as normas constitucionais. Nada impede, porém, que a lei nova ressalve a aplicação dessas regras aos processos

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

pendentes ou aqueles que ainda não foram iniciados embora o crime tenha ocorrido na vigência da lei anterior.

Quando por fim restar dúvida insuperável sobre qual das normas aplicáveis é a mais benéfica, sustenta-se que a melhor posição será ouvir o próprio interessado, isto é aquele que sofrerá as conseqüências da lei penal, devidamente assistido por seu defensor.

1.2.3 Princípio do efeito imediato

Havendo possibilidade de iniciar-se um processo na vigência de determinada lei e sobrevir lei nova que o regule, surge o problema de dirimir o aparente conflito entre as duas regras jurídicas, a anterior e a posterior. De acordo com o artigo 2º do Código de Processo Penal, a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Vige o princípio *tempus regit actum*, do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo.¹²

Estabeleceu-se na lei, portanto, o chamado princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal. O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.

O princípio do efeito imediato aplica-se também à matéria de competência, seja ela regulada por leis de processo, seja pelas normas de organização judiciária. Mesmo que a lei nova venha criar ou suprimir uma ordem de jurisdição, substituir juízes, modificar composição de tribunais, dentre outros, deve ser ela aplicada aos processos.

¹² MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 25 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

1.3 Institutos importantes

A regra geral é a atividade da lei no período de sua vigência. A extratividade é a exceção a essa regra, que tem a aplicação quando, no conflito intertemporal, se fizer presente uma norma penal mais benéfica.

O sistema brasileiro procura resolver situações de conflitos temporais que a lei penal pode apresentar, inserindo normas específicas, tanto no Código Penal como na Introdução ao Código de Processo Penal, como também na própria Constituição Federal.

O Código Penal ao prescrever em seu art. 2º, que ninguém será punido por fato posterior que deixa de ser crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, e a lei posterior que de qualquer modo favorecer o réu, aplica-se aos fatos anteriores.

Como já mencionado, refere-se o art. 2º, somente à retroatividade, pois está disciplinado a aplicação da lei penal em relação à data do fato criminoso, claro, se a lei posterior for mais grave, não retroagirá, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, como regra, mas se aplica como exceção, a lei penal posterior que beneficiar o agente.

Antes de mencionar as prováveis hipóteses de choques entre a lei nova e a anterior, cabe lembrar alguns conceitos.

A *vacatio legis* é o período decorrente entre a publicação e a data em que começa a sua vigência, 45 dias se a lei não dispuser ao contrário e 03 meses para sua aplicação nos Estados Estrangeiros, quando esta é admitida. Art. 1º, e §1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Durante a *vacatio legis*, a lei ainda não é eficaz, pois ainda não entrou em atividade, não podendo produzir nenhum efeito, nem mesmo o de revogar a legislação anterior. a situação é de mera expectativa.¹³

A revogação encerra-se a vigência da lei com a sua revogação, que pode ser expressa, uma lei posterior determina expressamente a cessação da eficácia da anterior, ou tácita, a lei posterior é incompatível com a lei anterior, ou regule inteiramente a matéria anteriormente tratada, Lei de Introdução ao Código Civil, art.2º, § 1º. A revogação parcial chama-se derrogação sendo a total chamada de ab-rogação. A auto-revogação ocorre quando cessa a situação de emergência ou anormalidade, no

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

caso da lei excepcional ou se esgota o prazo, tratando-se de lei temporária.

Já a reprivatização a lei revogada volta a vigor quando a lei revogada perde a vigência. Via de regra, é a não ocorrência da reprivatização, salvo se houver disposição expressa.

A *abolitio criminis*, ocorre quando lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada. Nessa hipótese partindo da presunção de que a lei nova é mais adequada, e de que o estado não tem mais interesse na punição dos autores de tais condutas, aquela retroage para afastar as consequências jurídico-penais a que estariam sujeitos os autores.

Na verdade, na *abolitio criminis*, não subsiste, nem a execução da pena, que é seu efeito principal, mesmo transitada em julgado, se já cumprido sua pena, terá sua folha de antecedentes inteiramente corrigida, para dela afastar a condenação.¹⁴

A *novatio legis* incriminadora, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado, a *novatio legis* incriminadora não é retroativa e não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência.

Já a *novatio legis in pejus*, é a lei posterior que de qualquer modo venha a agravar a situação do sujeito, não retroagirá. Se houver um conflito entre duas leis, a anterior, mais benigna, e a posterior mais severa, aplicar-se-á a mais benigna.

Novatio legis in melius, pode ocorrer que a lei nova mesmo sem descriminalizar, traz tratamento mais favorável ao sujeito. Mesmo que a sentença condenatória encontre-se em fase de execução, prevalece a *lex mitior*, que de qualquer modo favoreça o agente. Mirabete lembra que tal previsão não fere o princípio constitucional que preserva a coisa julgada, pois essa norma constitucional protege as garantias individuais e não direito do estado enquanto titular do *jus puniendi*.¹⁵

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

2 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO PENAL

Princípio é um vocábulo com imensa variedade de significações, mas pode dizer que, são normas de caráter geral, que se constituem em diretrizes do ordenamento jurídico.

O direito processual penal é regido por uma série de princípios e regras, estes postulados fundamentais da política processual penal de um estado. Assim, cabe ser analisados alguns princípios que regem a ação penal.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresenta-se em três dimensões: a dimensão fundamentadora, que consiste em um núcleo informativo e uma diretriz de todo ordenamento jurídico; a dimensão orientadora, que traça metas que devem ser seguidas, tornando ilegítima qualquer disposição normativa distinta; e a dimensão crítica, que é o parâmetro para aferir a legitimidade da produção legislativa.

Com relação ao Direito Penal, essas orientações devem ser analisadas de forma ainda mais cuidadosa, tendo em vista que aquele exerce um controle social, aplicando sanções aos membros da coletividade.

No cotidiano da persecução penal, é comum o esquecimento da condição humana dos sujeitos do direito processual, reduzindo-os a conceitos abstratos, como réu, indiciado, testemunha, ofendido, peritos. Assim, frequentemente podemos observar réus provisórios acumulados em estabelecimentos prisionais em condições subumanas.¹⁶

Aplica-se a justiça, quando se observa não apenas critérios formais, mas a interpretação fundada em valores superiores, como os adotados pela sociedade como

¹⁶ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 123.

norma moral de conduta, pela qual regem seus atos, sem que possa ser considerado um fato típico.

O princípio da dignidade da pessoa humana faz, portanto, um controle da qualidade do tipo penal, ou seja, de seu conteúdo, diante de cada contexto fático, tendo em vista, a constante evolução social em contraste com a estagnação normativa.

2.2 Princípio da adequação social

Para que possa atingir verdadeiramente os fins sociais do Estado Democrático, o Direito Penal deve tipificar, unicamente, condutas que tenham relevância social. O legislador ao selecionar tais comportamentos, tem obrigação de escolher aqueles que tutelem bens jurídicos importantes para a convivência social, sendo necessário, além disso, que estes sejam atentatórios e nocivos ao interesse público.

Essa tipificação atenta flagrantemente ao princípio da adequação social, de modo que se encontra desvinculado da realidade social brasileira, pois é inegável que os jovens iniciam sua vida sexual cada vez mais cedo, nos dias atuais, sendo esta uma prática já inserida no contexto social com as transformações dos valores e costumes.

Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade tudo de uma forma espontânea, quase natural.

Por este motivo, no tocante à idade especialmente, deve-se fincar a interpretação penal à realidade, buscando manter o equilíbrio jurídico.

O reconhecimento da relevância da adequação social na jurisprudência e na doutrina pátria é um forte indício de que a legislação penal deve adequar-se aos anseios e valores sociais e aos princípios fundamentais que regem todo o esqueleto jurídico.

2.3 Princípio da proporcionalidade

No que concerne ao Direito Penal, toda vez que o legislador cria um novo tipo penal, ou faz alteração em seu conteúdo para tornar a resposta estatal mais gravosa,

impõe um ônus à sociedade, que conseqüentemente sofre uma limitação em seu poder de agir. Em contrapartida, a sociedade deve ser compensada pela vantagem de proteção do bem jurídico.

Segundo o princípio da proporcionalidade, quando o ônus imposto for superior a vantagem auferida, o tipo penal será inconstitucional, visto que fere a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, podemos pensar em proporcionalidade *lato sensu* e seus componentes idoneidade, necessidade e proporcionalidade *strito sensu* como princípios cujo fim é promover um estado de coisas na qual todas as medidas legislativas, judiciais sejam adequadas.¹⁷

Conclui-se que, o direito penal do fato determina que o tipo penal só deve incriminar fatos, comportamentos voluntários, no entanto, no momento da individualização da pena é imprescindível considerar o rol de qualidades do agente para obedecer a responsabilidade penal individual.

2.4 Princípio da culpabilidade

O crime pode ser definido de várias maneiras, porém, neste estudo, nos interessa o aspecto analítico, que é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do conceito de crime.

Parte da doutrina considera que crime é todo fato típico e ilícito, tendo como elementos integrantes apenas a tipicidade e a ilicitude.

Entendimento do jurista Fernando Capez, que adota a teoria bipartida:

¹⁷ FEITOZA. Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 127.

Sob esse ângulo, *crime é todo fato típico e ilícito*. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo fato típico e ilícito já surge a infração penal. A partir daí, é só visto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que comete.¹⁸

Outra parte da doutrina discorda deste posicionamento, incluindo a culpabilidade como elemento integrante do conceito de crime, adotando a teoria tripartida. Neste sentido, pode-se citar Noronha:

A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. *Considera-se, então, o delito ação típica, antijurídica e culpável*. Ele não existe sem uma (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *palato sensu*.¹⁹

Verifica-se que independentemente da concepção adotada, a culpabilidade demonstra fundamental importância para o estudo da conduta delituosa.

Sendo assim, segundo o princípio da culpabilidade não há crime ou imposição de pena sem culpabilidade, a depender da concepção adotada.

O princípio da culpabilidade contrapõe-se à responsabilidade objetiva, que se caracteriza com a simples produção do resultado, sem analisar o seu contexto fático, estando, por esse motivo, praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade subjetiva, considerando que nenhum resultado pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, sendo, portanto, inconstitucional qualquer lei que despreze esse preceito.

2.5 Princípio da individualização da pena

Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, considerando as características do sujeito ativo. Assim, a

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

¹⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p.94.

imposição da pena depende do juízo de culpabilidade do agente - censurabilidade de sua conduta.

2.6 Princípio da presunção de inocência

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LVII, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e do Direito Processual Penal.

A presunção de inocência é *juris tantum*, exigindo um mínimo de provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para ser afastada, materializando-se o devido processo legal.

Isto, como se pode depreender das declarações feitas ao longo desta produção, é uma afronta clara à presunção de inocência e à teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo Código Penal, pois é inadmissível que alguém possa ser responsabilizado, sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade, sejam eles: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa. Sendo, assim, o agente só será considerado culpado se preencher todos esses requisitos; faltando qualquer um deles, não haverá culpabilidade.

O magistrado ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal.²⁰

A jurisprudência moderna prefere a expressão de presunção de não culpa, por ser mais coerente com o sistema de prisão provisória.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p.27.

3 DA AÇÃO PENAL PRIVADA

3.1 Conceituação

A distinção básica entre ação penal pública e privada está no sujeito que a promove. A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, e a ação penal de iniciativa privada pelo ofendido ou por seu representante legal,

A razão de ser da transferência do *Jus Accusationis* ao particular está no fato de que, muitas vezes, o mal do processo será maior do que o mal do crime. Em determinados casos, a vítima pode preferir o silêncio. Renuncia ao direito de promover a ação penal contra o agente, por entender que o silêncio atende melhor aos seus interesses. A publicidade do processo poderá acarretar-lhe situação pior que o próprio crime de que foi vítima.²¹

No caso dos crimes sexuais hediondos, o Estupro, a ação penal, como regra, somente se procede mediante queixa, conforme estabelece o artigo 225, do Código Penal em seu *caput*, elencando em seus parágrafos exceções.

Conforme parágrafo anterior, nos crimes em tela, a ação penal será originariamente privada, mas não raro nos deparamos com a possibilidade de se intentar a ação penal privada subsidiária.

Pois a ação penal pública deve ser iniciada dentro de um prazo fixado em lei, prazo este que varia dependendo da condição do autor do delito, se preso cinco dias e se solto quinze dias.

Se o membro do *parquet* não oferecer a denúncia nos prazos estipulados, fica o ofendido ou seu representante legal legitimado para iniciar a ação penal por meio de queixa, substitutiva da denuncia, regra esta esculpida nos artigos 29 do Código de Processo Penal, art. 100, § 3º do Código Penal.

Como o crime de estupro, com resultado preterdoloso, conforme se infere do artigo 223 do Código Penal, constituem hipóteses de ação penal pública.

²¹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro,. Impetus, 2008, 253.

3.2 A ação penal em sua origem: a discriminação do feminino

O legislador de 1940 instituiu a ação penal privada como regra nos chamados crimes contra os *costumes*, de forma que somente as vítimas podiam denunciar o criminoso e pedir sua punição. Segundo juristas, a "boa intenção" do legislador era a de proteger a *intimidade* das vítimas, para evitar *escândalos*.

A ação penal privada é própria dos crimes considerados insignificantes ou daqueles em que a publicidade ou o escândalo (*strepitus judicii*) possam afetar a honra das pessoas e a dignidade das famílias, causando mal maior que a impunidade do próprio criminoso.²²

Essa opção era coerente com o sistema então implantado. A violência sexual era considerada ofensa aos costumes, e não à pessoa ou à sua dignidade. A Lei visava preservar a tradição, os costumes sexuais, independente do grau de violência e dos danos sofridos pelas vítimas.

Nessa sociedade, ao marido era permitido estuprar suas esposas, em nome do *debito conjugal*. Se fosse estuprada por terceiro, a mulher sequer podia oferecer queixa sem a autorização marital, porque era considerada incapaz, conforme art. 35 do Código de Processo Penal (só revogado em 1997). Portanto, a ação penal privada não visava proteger a intimidade das vítimas, mas a de seus familiares, principalmente maridos, pais, etc.

Por isso, o estupro praticado por terceiro era considerado uma desonra, uma *vergonha*, mas à vítima e a seus familiares e não ao estuprador. Este, não tinha que se envergonhar de seu ato, pois sempre se reconheceu ao masculino o direito de desejar violentamente uma mulher, principalmente porque com certeza, ela deu motivos. Era conhecido o bordão: mulher direita não é estuprada.

As relações de gênero são, primordialmente, relações de poder, sendo certo que na sexualidade feminina se manifesta de forma mais contundente o controle e o poder masculino.

O estupro reflete, de forma violenta, uma face deste poder: a vítima não dispõe

²² TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.189.

de seu próprio corpo, porquanto um de seus papéis na divisão sexual de trabalho constituída sob a lógica andocentrista, que é assimilada e reproduzida pelo senso comum – inclusive do estuprador –, é o de disponibilizar seu corpo para a satisfação sexual do homem.

Por isso a tradição patriarcal, durante muito tempo, consentiu em um certo padrão de violência contra as mulheres. Ao homem era designado o papel "ativo" na relação social (ocupação dos espaços públicos de poder) e sexual, ao tempo em que à mulher era designada a ocupação do espaço privado, doméstico, sendo certo que a sexualidade feminina restringia-se à passividade e reprodução.

3.3 Questões Controvertidas

Nosso Código Penal contempla a presunção de violência, em seu artigo 224, em virtude de alguns fatores: a) se a vítima não é maior de catorze anos, b) se é alienada ou débil mental, c) e se não puder por qualquer outra causa, oferecer resistência. Presunção esta aplicável aos crimes sexuais hediondos.

Pode dizer que a chamada presunção de violência, ou formas de violência ficta, a que o diploma legal equipara á violência real, nos dias atuais vem se apresentando profundamente criticável.

Alguns autores escrevem que não se trata de violência, porque violência nenhuma se presume realizada pelo agente, e nem de ficção jurídica, porque a lei não obriga a supor o que de fato, não ocorre.

O Código Penal de 1940, reduziu esse limite etário, estatuidando que a presunção de violência só teria cabimento nos crimes sexuais, se a vítima tivesse idade inferior a catorze anos.

Justifica esta redução, o legislador, na exposição de motivos do projeto de 1940:

Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade, o projeto atende á evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, e a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa incidência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção

teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se prestar á lascívia de outrem.²³

Assim sendo, a presunção de violência não é absoluta, mas considera relativa, como se pode verificar pela jurisprudência existente em nossos tribunais:

É relativa a presunção de violência pela idade prevista no art. 224, a, do CP, pois fundada no grau de inocência de cada vítima quanto á vida sexual. Desta forma, se a ofendida, embora contasse com menos de 14 anos a época dos fatos, mostra-se aparentemente informada sobre as práticas sexuais, revelando capacidade de auto determinar-se no terreno da sexualidade, não há que se falar em crime de estupro, pois em tal hipótese, inexistente presunção de violência.

Outra hipótese é quando a vítima é possuidora de enfermidade mental, não suscita controvérsias, pois aqui o fundamento é também *ainnocentia consilii*, porém, alienação ou debilidade mental são casos de enfermidade que tiram da pessoa a sua capacidade de entendimento.

Assim sendo, a presunção de violência também neste caso é relativa, pois a própria redação do dispositivo legal exige que o agente tenha efetivo conhecimento do estado anormal da vítima.

A última hipótese, que é também a mais ampla, refere-se á situação em que a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Classicamente são os casos de enfermidade física, embriagues completa, pelo hipnotismo, sono, dentre outros.

Tal qual ocorre em relação á outras, esta presunção não é de caráter absoluto, sendo necessária à prova de completa impossibilidade de oferecer a resistência.

Além do já tratado a respeito do artigo 224, do nosso Diploma Legal, o artigo 9º da lei 8.072/90, dispõe que nos crimes de Estupro e de Atentado Violento ao Pudor, em todas as suas modalidades, as penas serão acrescidas de metade, respeitando o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses do artigo ora em comento.²⁴

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.138.

²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.234.

A ação penal, nos casos do artigo 224, do Código Penal, depende de iniciativa da parte legitimada, a própria vítima ou seu representante legal. A mutação da legitimidade poderá ocorrer dependendo do fator econômico atinente à vítima ou ao seu representante legal, conforme veremos adiante.

A violência real, ainda que sem a superveniência de lesão corporal grave, e o caso que vem suscitado mais controvérsia, dividindo muito a doutrina e a jurisprudência. Segundo a maioria, quando do estupro ou do atentado violento ao pudor resultam lesões corporais de natureza leve, a titularidade da ação penal se transmuda, de privada para ação penal pública incondicionada.

A súmula 608, do Supremo Tribunal Federal, tem contribuído bastante para dificultar a interpretação acerca da classificação subjetiva da ação penal nos crimes sexuais hediondos.

No crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Elimina-se a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, vale se dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal súmula fruto de política criminal, com o objeto de proteger a mulher estuprada, com receio de alterar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se inclusive a, criar a delegacia da mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/09. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor, e conferiu-se legitimidade ao ministério público para ação penal, desde que a vítima concorde em representar.

No intimo da questão encontraremos os artigos 225 (que trata da ação penal nos crimes contra os costumes) e 101 (que cuida da ação penal no crime complexo), todos do Código Penal. E através da referida súmula, atualmente em vigor, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua posição de que o artigo 101 deve prevalecer sobre o 225.

Bem, sobre o assunto duas posições podem ser destacadas, conforme a primeira, caso os crimes de estupro, seja praticado com violência real, tal delito deve ser considerado complexo à vista da presença, em cada um deles, de um crime de ação penal pública. Assim, por força do artigo 101, a ação penal será pública incondicionada.

Bem, mas a título de curiosidade, perguntamos o porque a dita súmula não prevê a ação penal pública incondicionada para o atentado violento ao pudor com violência

real? Ficando sujeito o crime do artigo 214 do Código Penal, nas mesmas circunstâncias, á decadência, ao perdão e a perempção.

Já a segunda corrente, afirma que o artigo 225 é norma especial e por isso se sobrepõe ao artigo 101, que é norma geral.

Destarte, o crime de estupro, com lesões corporais de natureza leve, é crime de ação penal privada.

O entendimento é de que o estupro e o atentado violento ao pudor não são crimes complexos. O estupro é composto de um só crime, o constrangimento ilegal, visando o agente a conjunção carnal, assim como o atentado violento ao pudor, que é composto do mesmo constrangimento ilegal, objetivando o agente a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, fica clara a inaplicabilidade do artigo 101, pois nenhuma das figuras penais é em verdade crime complexo.

Pois com o advento da lei 9.099/95, a chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fonte de antigas reivindicações das correntes mais modernas de pensamento, vem finalmente ao rol dos crimes de ação penal pública condicionada á representação do ofendido os previstos no art. 129, caput e 129, § 6º do Código Penal. Outra questão controvertida é o pátrio poder, que os pais exercem sobre a pessoa e os bens dos filhos menores. Extingue-se o pátrio poder: pela emancipação, pela maioridade, pela morte dos pais ou do filho, e pela adoção.

Importante observar que o atual Código Civil mudou a terminologia pátrio poder para poder familiar, no entanto a terminologia "pátrio poder" ainda é utilizada por nosso vetusto Código Penal.

Ponderações a parte, verificamos em conformidade com o que dispõe o artigo 225, inciso II, do Diploma Penal, se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, que a ação penal, nesses casos, torna-se pública e incondicionada.

Ocorre na hipótese, a causa especial de majoração penal, prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, pois a majorante é mais abrangente, mencionando apenas a condição de pai, do sujeito ativo, sem a especificação de que o crime seja "cometido com abuso do pátrio poder".

Lamentavelmente, nos dias atuais, ainda existem muitos acórdãos definindo a ação penal em pública incondicionada, sem levar em conta a inocorrência do abuso do pátrio poder, tentando a todo custo, transmudar a ação para que a iniciativa fique

conferida ao ministério público, quando em verdade se trata de caso de ação penal privada.

A última questão a ser abordada, é a do estupro ou do atentado violento ao pudor, quando praticado com a esposa.

No atentado violento ao pudor, há consenso total de que a esposa pode ser sujeito passivo do crime.

Cabe ainda consignar, que praticando o crime contra a esposa, incidirá sobre o cônjuge varão a circunstância agravante prevista pelo artigo 61, inciso II, alínea "e", do Código Penal.

A evolução dos costumes determinou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, assim, a mulher tem legitimidade para promover a ação penal contra seu esposo por crime de estupro ou de atentado violento ao pudor, apresentando sua queixa no prazo previsto pelo artigo 103 do Código Penal.

4 DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

4.1 Noções Introdutórias

Nos crimes sexuais, o que era exceção assume a posição de regra e o que era regra passa a ser exceção.

Assim sendo, o artigo 225 em seu caput, determina que nos crimes definidos nos capítulos anteriores somente se procede mediante queixa, e em seu parágrafo primeiro estipula que se procederá, entretanto, mediante ação penal pública: I) se a vítima ou seus pais não poderem promover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis á manutenção própria ou da família; II) se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Sendo que, o parágrafo segundo do artigo em comento, estipula ainda que no caso da vítima não poder promover as despesas do processo que a ação do ministério público dependerá de representação.

Claro está, a existência da ação penal pública em sua duas subdivisões, condicionada e incondicionada, e a seguir passará a analisá-las.

4.2 Ação Penal Pública Condicionada

A ação penal pública condicionada, também é uma exceção a regra, o princípio de que a ação penal é pública e incondicionada.

Preleciona Fernando Capez:

É aquela cujo exercício se subordina a uma condição. Essa condição tanto pode ser a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal (representação), como também requisição do Ministério da Justiça.²⁵

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120.

Ao bem da verdade, ela continua sendo pública, pois compete ao ministério público promovê-la, embora dependa de uma condição para propô-la.

No caso do estupro e do atentado violento ao pudor, a previsão desta espécie de ação penal pública, como já dissemos, decorre da pobreza da vítima ou de seu representante legal.

Assim sendo, devido á miserabilidade da vítima, o juiz não nomeará advogado, como prevê o artigo 32 do Código de Processo Penal. A titularidade da acusação transfere-se ao órgão do ministério público, proporcionando com isto significativa vantagem para a defesa dos interesses da vítima, já que um advogado está mais voltado á defesa do que á acusação, além de que, o prazo para oferecimento da queixa é decadencial, enquanto o exercício da ação pública, através da denúncia, está sujeito ao prazo prescricional, cujo limite mínimo é de dois anos, desde que oferecida a representação em tempo oportuno, e não se sujeita a perempção.

A pobreza a que se refere o artigo em tela pode ser comprovada por qualquer meio de prova, sendo, no entanto, o mais corriqueiro o atestado da autoridade policial, conforme se vê:

A condição de procedibilidade da ação penal nesses casos é a representação.

Os casos de exigência de representação, como condição do procedimento persecutório, são taxativos, obedecendo ao princípio de rigorosa legalidade, quando o Código Penal, em sua parte especial, os estatui.

O exercício da representação é uma faculdade da vítima ou de seu representante legal.

A representação não exige ritual nem formalismo. Todavia, é imprescindível que dela resulte inequívoca a vontade do ofendido ou de seu representante legal, de que se inicie o inquérito policial ou o processo judicial contra o ofensor.

Em decorrência do princípio da indivisibilidade da ação penal, a representação não limita o âmbito da denúncia, efetuada contra apenas um, poderá ser feita a denuncia contra os demais partícipes do mesmo fato.

A representação sempre antecede a denúncia, peça de abertura da ação penal pública, salvo, na ação penal privada subsidiária, e obedece aos princípios da conveniência, que é absoluta, e da disponibilidade, que é relativa, posto que sujeito ao limite, conforme preceitua os artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal Brasileiro.

A possibilidade de retratação se encerra com o oferecimento da denúncia.

Não se deve confundir a retratação da representação, com a retratação tratada no artigo 107, do Código Penal, pois aquela é causa extintiva de punibilidade.

Assim sendo, pode ocorrer à chamada retratação da retratação.

O lapso temporal para o exercício da representação é de seis meses, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal veio, a saber, quem foi o autor do crime, conforme preceitua os artigos 103 do Código Penal Pátrio, e 98 do nosso diploma Processual Penal.

Vencido este prazo sem a providência, opera-se a decadência do direito de representação, que este sim é causa extintiva de punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

4.3 Ação Penal Pública Incondicionada ou Plena

A ação penal será pública incondicionada, cujo exercício está sujeito, apenas, a *nottitia criminis*, quando o sujeito ativo do delito é quem abusa do pátrio poder sobre a vítima ou da condição de padrasto, tutor ou curador.

No caso, a ação penal não esbarra na exigência de uma condição de procedibilidade, qual seja, a representação da ofendida ou de seu representante legal. É que a ação penal deverá ser promovida contra aqueles a quem caberia mover a ação penal, ou oferecer a representação.

Nestas circunstâncias, vela o Estado para que o ofensor não fique impune quando tem a vítima sob sua discricção.

Assim, sendo o disposto na parte final do artigo 226 do Código Penal, ou por qualquer outro título, tem autoridade sobre ela, pode perfeitamente aplicar-se complementando o inciso II, do parágrafo primeiro do artigo 225, do referido Código.

Pois, quem melhor que o concumbino, para exercer autoridade sobre os filhos de sua amásia, assim ele é a pessoa que por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O artigo 223, diz que, se da violência resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, a pena é sensivelmente aumentada.

O resultado maior, lesão corporal grave ou a morte da vítima, não pode ser querido e nem aceito, trata a hipótese de crime qualificado pelo resultado.

No crime qualificado pelo resultado, a intenção permanece aquém do resultado.

Esses resultados devem vir a título de culpa, ou seja, um resultado preterdoloso, caso contrário não teríamos um crime qualificado pelo resultado, mas teríamos então outra figura penal, seja a lesão corporal grave, ou o homicídio em concurso com a violência carnal.

O artigo 223 está colocado no mesmo capítulo em que se encontra o artigo 225, ou seja, o capítulo IV, do Código Penal.

Logo o artigo 225, ao dispor que a ação penal será em regra privada, refere-se aqueles delitos definidos antes do capítulo IV, ou seja, diz respeito aos delitos definidos nos capítulos anteriores.

O artigo 223, não se acha nos capítulos anteriores. Ele está situado no mesmo capítulo do artigo 225, que prevê a ação penal para os crimes contra os costumes.

A conclusão que se tira, pois, é de que a ação penal para os casos previstos no artigo 223 é pública incondicionada ou plena.

Alega o autor que os crimes tipificados pelos artigos 213 e 214, do Código Penal, quando praticados contra vítimas menores de quatorze anos são regidos pelos parágrafos únicos acrescentados pela lei 8069/90 em seu artigo 263, itens 4 e 5, o qual combinado com o referido artigo 227 do mencionado diploma proclama que a ação será pública incondicionada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a lei 12.015/09, alterou o título VI do Código Penal, intitulado-o dos crimes contra a dignidade sexual, introduzindo novos tipos penais incriminadores. Como toda reforma, possui acertos e erros, coube ser analisadas suas alterações e conseqüências por ela trazida.

A nova Lei, em substituição à ação penal privada (art. 225, *caput*, Código Penal), instituiu como regra a ação penal pública condicionada à representação. A ação será pública incondicionada apenas se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único, Código Penal).

De plano, verifica-se que a regra geral pouco mudou. Tanto as normas anteriores quanto a atual exigem providências da vítima para a investigação e o processo. Antes, mediante queixa; agora, representação. A inércia das vítimas maiores de 18 anos e não "vulneráveis" redundará na impunidade dos crimes.

Por outro lado, a nova lei tornou o estupro investigável por ação pública condicionada à representação, mesmo quando resultar lesão grave ou morte, nos termos da nova redação do art. 225, Código Penal. Excepcionou apenas os menores de 18 anos e os vulneráveis.

Essas alterações instalaram preocupante discussão jurídica, cujo resultado pode comprometer o enfrentamento à violência sexual e beneficiar os estupradores, principalmente os mais perversos e contumazes, a não ser que se dê a devida interpretação constitucional ao novo modelo.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor estão entre os que apresentam a maior diversidade em titularidade da ação penal. Diversidade esta, nem tanto oriunda da lei, mas de sua interpretação, levada à efeito nos pretórios de nosso país. Os textos legais, porém, são claros o suficiente para evitar tanta controvérsia.

Assim, com a entrada em vigor da Lei 12.015/09, portanto, ocorreu o que se chama de mutação da titularidade, uma vez que para os crimes contra a liberdade sexual não se procederá, via de regra, mediante queixa, mas sim por uma ação penal pública condicionada à representação. É o que diz o novo art. 225 do Código Penal.

Logo, o que ocorreu foi uma mudança no pólo ativo da ação, ou seja, na titularidade para mover a ação penal, que caberá agora ao Ministério Público. Desse modo, o órgão ministerial passa da legitimidade extraordinária, no sistema anterior, à

substituição processual, atuando, a partir de então, com legitimidade ordinária, uma vez que ocorreu mudança na legitimidade *ad causam*.

Como se percebe, com a alteração de diversos tipos penais que integram o título VI, pela L.12.015/09, muitos inquéritos em curso, processos em andamento e em execução irão ser alcançados por esta lei, em função da retroatividade da lei penal mais benéfica ser um direito constitucional fundamental (art. 5º, XL, da CF). Por outro lado, alguns tipos penais foram ampliados ou criados, e outros, tiveram suas penas endurecidas, o que enseja sua aplicação, somente para alcançar os fatos ilícitos posteriores a sua vigência.

Desta forma a ação penal privada, nada mais dava ensejo a argumentos de proteção á intimidade, a fim de evitar o escândalo processual. Se a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz basta não representar, porém, uma vez feita a representação, cabe ao ministério público agir.

Ficou também suprimida a súmula 608 Supremo Tribunal Federal, ou seja, no caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, à ação é pública condicionada á representação.

Assim, como que os processos que estavam em andamento antes da Lei 12.015/09, ficarão, sabe-se que estes processos eram de ação privada e de repente tornam ação penal condicionada a representação, como ficará, será que todos estes devem ser suspensos e aguardar a representação do ofendido?

Duas correntes formaram na doutrina; a primeira corrente filia-se que deve-se ater pelo principio da legalidade, e aplicar a representação aos processos que estavam em andamento, ficando assim, suspensos até que se efetive a representação do ofendido, ou seja, a representação deve funcionar como condição de proceguibilidade, com a conseqüente suspensão do processo em andamento, para que a vítima manifeste seu interesse na persecução

Já a segunda corrente, preceitua que a Lei 12.015/09, é prejudicial ao réu, no entanto, não devendo retroagir. Ao contrário da Lei dos Juizados, a 9.099/95, que trouxe dispositivo expresso sobre o assunto, em seu artigo 91, mas a lei dos crimes contra a dignidade sexual silenciou sobre o assunto, no entanto, não sendo necessário o oferecimento da representação.

Mas, os tribunais superiores, já vêm entendendo, em julgados recentes que se a lei prejudica o acusado, não deve retroagir.

Concordamos com a segunda corrente, o que parece ser mais coerente, apesar do dever de ater pelo princípio da legalidade, não deve ser esquecido que o direito penal vela pela aplicação do princípio da não retroatividade da lei mais nova maléfica ao réu, ou seja, confirma a aplicação do art. 2º, §1º, do Código Penal.

Apesar da lei penal não poder retroagir para prejudicar o réu, poderia a lei, em suas considerações finais, ou em um artigo, como a lei dos juizados, delimitar sobre o tema, descrevendo o que fazer com as ações que estavam em vigor antes da lei 12.015/09, até porque não ficaria um empasse na doutrina e nem ficaríamos a mercê de decisões de tribunais a respeito do assunto. Até porque, pode causar uma instabilidade jurídica sobre esta questão.

Conforme já preceituamos, a lei processual tem aplicabilidade imediata, com base no art. 2º, do Código Penal, todavia, a lei só retroagirá para beneficiar o agente. Neste caso, a nova lei que trata das modificações dos crimes contra a dignidade sexual, não poderá ser aplicada, em partes, ou seja, a parte que for benéfica ao acusado, todavia estaria o juiz criando uma terceira norma.

O que se sabe é que os fatos ocorridos após 07 de agosto de 2009, torna-se pública e condicionada a ação. Antes desta data, ainda se pode sustentar seja ela de natureza privada.

Assim, as ações que estiverem em andamento ou findas, promovidas pela vítima, por queixa, podem continuar seu rumo, sem qualquer óbice. Nesse ponto, a partir da lei 12.015/09, após legitimidade ter se transmitido ao Ministério Público não afasta a anterior legitimidade do ofendido. Sabe-se ainda que a ação sendo privada, traz alguns benefícios ao acusado, como por exemplo, o perdão judicial, o que reflete na extinção da punibilidade.

Com relação aos inquéritos em andamento, penso que deva continuar a ser ação penal privada, aplicando-se a lei anterior, pois mais benéfica.

Conclui-se que, toda lei, seja de natureza processual, seja de natureza material que de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso os atributos da retroatividade, o que infelizmente não ocorreu com a promulgação da Lei 12.015/09, no qual os crimes anteriores à vigência da nova lei, serão regulados pela lei anterior, já que nesse caso, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, já que a lei posterior é mais benéfica ao indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15 ed., v.1. São Paulo: Saraiva 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal parte geral**. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Vade Mecum**. 9 ed., atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Vade Mecum**. 9 ed., atual e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FEITOSA, Denílson. **Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Pretorium, 1998.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Processo Penal Interpretado**. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Mirabete Júlio. Manual de Direito Penal: parte geral, 25 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015/09**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – Guilherme de Souza Nucci. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva. 1986.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 2., 2 ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código Processo Penal Comentado**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.