

# AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS HEDIONDOS

Carlos Fernando da Cunha Costa\*  
carloscunha@policiacivil.mt.gov.br

*Sumário:* 1. Considerações Introdutórias – 2. Considerações Gerais Sobre a Ação – 3. Ação Penal Privada: 3.1 Conceituação; 3.2 Questões Controvertidas – 4. Ação Penal Pública: 4.1 Noções Introdutórias; 4.2 Ação Penal Pública Condicionada; 4.3 Ação Penal Pública Incondicionada ou Plena – 5. Considerações Finais – Bibliografia.

## 1 - Considerações Introdutórias

O sexo praticado com violência e sem o consentimento da fêmea é freqüente em muitas espécies animais. Já o ódio dedicado ao estupro, como acontece com o homem, é restrito a algumas espécies e assume proporções violentas entre os grandes primatas, como orangotangos, chimpanzés e gorilas. Entre esses, ao apanhar um estranho que manteve relações com uma fêmea do grupo, o macho atira-o da árvore mais alta.

Já vai longe o tempo em que o homem, a semelhança dos primatas, se valia da força, como forma mais usual para a solução de seus conflitos, a chamada autodefesa, além do que, onde a decisão do conflito se entrega à força dos competidores, o mais forte sempre tem razão.

Uma vez que surge o Estado, em determinado momento histórico, este chama a si, a tarefa de administrar justiça, fazendo-o por meio de um processo, como verdadeiro substitutivo civilizado da vingança privada, ficando assim impossibilitado aos particulares de auto executarem os seus direitos, e surgem-lhes como corolário lógico da aludida proibição o direito de se dirigirem ao Estado para reclamar a aplicação da sanção contra aquele que, por acaso, lhes violou o direito.

Aí está o direito de ação, direito que todos nós temos de nos dirigir ao Estado invocando-lhe a garantia, a tutela.

A ação penal nos crimes sexuais hediondos, é matéria de grande complexidade, envolvendo tanto o Direito Substantivo, como o Adjetivo, aos quais se amalgamam diversos elementos de política criminal.

O presente artigo, abordará questões como a violência presumida, violência real, pátrio poder, o crime quando qualificado pelo resultado, Justiça Castrense, a correlação entre os crimes sexuais hediondos e o estatuto da criança e do adolescente, entre outras, demonstrando ao final a melhor interpretação no que tange a titularidade da ação penal à luz da legislação, doutrina e jurisprudência, atualizadas.

Com este trabalho, pretendemos mostrar que a ação penal pública impropriamente dita ou condicionada a representação, poderá ser o caminho adequado, principalmente na ótica que temos hoje, como solução ideal à controvertida titularidade nos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor, estabelecida pela interpretação jurisprudencial atual.

## 2 - Considerações Gerais Sobre a Ação

**Conceituando a Ação Penal**, podemos 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 magistério do Professor Torinho:

“Uma vez que o Estado chamou para si a tarefa de Administrar Justiça através dos Juízes, 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

---

\* Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Especialista em Direito e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP. Professor de Direito Penal do Centro Universitário Candido Rondon de Cuiabá – UNIRONDON. Para contato: carloscunha@policiacivil.mt.gov.br

dirigirem aos Juízes e deles invocar a tutela jurisdicional, todas as vezes que sentirem violados seus direitos.<sup>1</sup>

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”<sup>2</sup>.

O nosso *Codex* Adjetivo, em seu artigo 43, inciso I, estabelece que, “a denúncia ou queixa será rejeitada quando: o fato narrado evidentemente não constituir crime”.

**O interesse de agir**, nasce da resistência de alguém à 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, faltará 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.

Mesmo com o advento da lei 9 099, de 26 de setembro de 1 995, criadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao contrário do que apregoam alguns doutrinadores como “Nelson Nery Junior e Hermínio Marques Porto”<sup>3</sup>, o postulado acima enunciado 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”<sup>4</sup>, facultando ao Ministério Público dispor da *persecutio criminis*, para adotar uma via alternativa, a proposta de transação. Porém, equivocou-se o legislador a estabelecer no aludido dispositivo, “poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”, pois assim como assevera Túllio Ascarelli, “a desgraça da ciência jurídica está nas incertezas terminológicas”<sup>5</sup>, e o termo pena utilizado, foi inadequado, pois a aplicação da pena pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória e no caso ocorre uma sentença penal homologatória de uma transação judicial realizada.

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, Direito Constitucional assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, de nossa Carta Constitucional. E conforme o Professor Luiz Flávio, “dentre as vantagens podem ser lembradas, não haverá instrução, nem sentença, logo, não existe rol dos culpados, pressuposto da reincidência, antecedentes criminais, etc...”<sup>6</sup>.

Por outro lado, questiona-se até que ponto pode o interessado consentir na lesão de direitos e garantias fundamentais.

Assevera ainda o aludido autor, que “para o exercício de um direito constitucional nos parece justo que o acusado possa abrir mão de outros direitos da mesma natureza”<sup>7</sup>, assim, sua aceitação nada mais significa que a expressão da ampla defesa constitucionalmente garantida.

**E a legitimação para agir**, esta condição refere-se às partes, ou seja, somente o titular do

<sup>1</sup> TORINHO FILHO, Fernando da Costa, *Prática de Processo Penal*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 60.

<sup>2</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 97.

<sup>3</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 346.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 380.

<sup>5</sup> ASCARELLI, Tullio, *apud*, SOIBELMAN, Leib, *Enciclopédia do Advogado*, Rio de Janeiro: Editora Thex, 1994.

<sup>6</sup> GOMES, Luiz Flavio, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 131.

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 Adjetivo adotou o critério da legitimidade para classificar a ação penal, a matéria será melhor examinada em item posterior.

**No 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 sujeito que a promove. Assim sendo, nos termos do artigo 100 do Diploma Penal Pátrio, a ação penal é pública e nos casos expressamente previstos será de iniciativa privada.

Conforme nos esclarece Salles Junior, “em regra, a ação compete, de modo privativo ao Estado, representado em juízo pelo Ministério Público. Excepcionalmente, porém, são previstos casos em que o *Jus Accusationis* é transferido ao indivíduo”<sup>8</sup>.

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.

### 3 - Ação Penal Privada

#### 3.1 - Conceituação

Como vimos há poucas linhas, 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, Salles Junior, nos esclarece:

“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.”<sup>9</sup>

No caso dos crimes sexuais hediondos, o Estupro e o Atentado Violento ao Pudor, 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 que serão estudadas em itens posteriores.

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 denuncia nos prazos estipulados, fica o ofendido ou seu representante legal legitimado para iniciar a ação penal por meio de queixa, substitutiva da

<sup>8</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *Inquérito Policial e Ação Penal*, S. Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 151.

<sup>9</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *op. cit.*, p. 152.

denúncia, regra esta insculpida nos artigos 29 do C.P.P. e 100, § 3º do Código Penal. Como os crimes de estupro e o atentado violento ao pudor, com resultados preterdoloso, conforme se infere do artigo 223 do Diploma Penal Pátrio, constituem hipóteses de ação penal pública, é cabível em hipótese a ação penal privada subsidiária.

### 3.2 - 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.

Bem, podemos dizer que a chamada presunção de violência, ou formas de violência ficta, a que nosso diploma legal equipara à 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 Professor Valdir Szinick, propõe que:

“não se coloque a presunção de violência ou a violência física para esses casos. Basta que o legislador considere essas hipóteses como aquelas em que a vítima não pode validamente consentir como faz no Direito Civil, portanto, os atos por ela realizados são inválidos”<sup>10</sup>.

Quanto ao **limite etário**, mantido no Código Penal, não poderíamos deixar de citar o elucidativo texto de Adilson Mehmeri:

“a sociedade mudou. Não se sabe se para melhor ou pior, mas mudou. As mocinhas ingênuas dos namoros de janela foram substituídas por gatas e panteras que miam, urram e ululam no mercado dos prazeres; as indumentárias opulentas e vistosas foram acintosamente substituídas pelas virulentas e quase invisíveis. Os jovens amantes já não se beijam nas caladas da discrição, mordem-se e agridem-se prazerosamente, nas agitações de público; não se convidam, entregam-se; não se amam, saciam-se; não se agradam, satisfazem-se, abusam-se. Nessa turbulência, a jovem deixou de ser a peça puramente passiva para tornar-se também ativa, quando não, exclusivamente. Más, quando os pais, saindo do sono arcaico da ingenuidade, despertam para a realidade da filha, não há mais como contê-la”<sup>11</sup>.

O Código Penal de 1 890, em seu artigo 272, em relação aos crimes de natureza sexual, presumia “Cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 anos”<sup>12</sup>.

Cinquenta anos depois, o Código Penal de 1 940, reduziu esse limite etário, estatuinto 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 1 940:

“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 à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no

<sup>10</sup> SZINICK, Valdir, *Crimes Sexuais Violentos*, S. Paulo: Editora Ícone, 1992, p. 35.

<sup>11</sup> MAHMERI, Adilson, *Inquérito Policial*, S. Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 90.

<sup>12</sup> PIERANGELLI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil*, Bauru: Editora Javoli, 1980, p. 300.

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 insciência 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 se prestar à lascívia de outrem”<sup>13</sup>.

O Código Penal Português, o qual entrou em vigor em 01 de janeiro de 1983, assim sendo, quatro décadas a frente do nosso, consagra a violência ficta em seu artigo 201, sob a rubrica violação:

“Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmo meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos. Na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, tiver cópula ou acto análogo com menor de 12 anos ou favorecer estes atos com terceiro”<sup>14</sup>.

Andou bem o legislador lusitano, estabelecendo o limite etário em doze anos, assim como, outras codificações penais, como a argentina em seu artigo 119, e a espanhola, artigo 431, também estipulando a idade limite em doze anos.

Bem, claro está que muita coisa mudou. Na verdade, hoje é difícil encontrar-se, a não ser perdidas nos sertões, longe da civilização, pessoas com catorze anos que ignorem fatos relacionados com o sexo.

Além do que, muitas mulheres, já com quatorze anos, apresentam-se bem estruturadas, altas, com o corpo já com formação de mulher e seios desenvolvidos, o que permite prova de que o agente não sabia da menoridade da vítima.

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 à 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”. (TJSP – AC 405.356-3/8-00 - Rel. Marcos Zanuzzi – RT 816/583)<sup>15</sup>

Sendo emblemática a decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em cujo voto foi acompanhado pela maioria da segunda turma do egrégio tribunal, onde alegou que “nos nossos dias, não há crianças, mas moças de 12 anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades”<sup>16</sup>.

O Direito Penal não é o instrumento mais indicado para impor aos outros a retidão de vida, assim sendo, o campo da tutela penal, em matéria sexual, deve restringir-se, só merecendo proteção a liberdade sexual.

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 442.

<sup>14</sup> GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português Anotado*, Coimbra: Editora Almedina, 1994, p. 509.

<sup>15</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all, Código Penal e sua Interpretação, Doutrina e Jurisprudência*, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>16</sup> JUNIOR, Policarpo, *Pintou uma vontade*, Revista Veja, 22 de maio de 1996, p. 36.

Além do que, com o advento da lei 8 072/90, que passou a punir com maior gravidade os autores de Estupro e Atentado Violento ao Pudor, essa presunção de violência deve ser analisada com bastante cautela, pra que o julgador não ceife o futuro de um jovem apaixonado, por simplesmente não se enquadrar nos padrões sociais e ou financeiros almejados pelos genitores de sua amada. A segunda hipótese, quando a vítima é **possuidora de enfermidade mental**, não suscita controvérsias, pois aqui o fundamento é também a *innocentia 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 à situação em que **a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência**.

Classicamente são os casos de enfermidade física, embriaguês completa, pelo hipnotismo, sugestão, narcoanálise, afrodisíacos, sono, podendo-se também incluir o temor reverencial.

Tal qual ocorre em relação à outras, esta presunção não é de caráter absoluto, sendo necessária a 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.

Conforme entendimento esposado por Mirabete:

“essa causa de aumento de pena só pode incidir na hipótese em que ocorreu violência real ou ameaça, e não nos casos em que se presumiu a violência. Haveria *bis in idem* em considerar a presunção de violência, que é um “elemento” do crime na ausência de violência real ou ameaça, conjuntamente como “causa de aumento de pena”, um mesmo fato não pode ser, ao mesmo tempo, elemento e circunstância do crime”<sup>17</sup>.

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 suscitando 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”.

(Súmula 608)

No âmbito 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 S.T.F. 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 e atentado violento ao pudor, sejam praticados com violência real, tais delitos devem ser considerados complexos, 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.

“Os adeptos dessa corrente consideram o estupro crime complexo (v. Heleno Fragoso,

---

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Volume 2, S. Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 459.

Jurisprudência Criminal, 1 979, II/n. 218; Jorge A. Romeiro, Elementos de Direito Penal e Processo Penal, 1 978, p. 169)<sup>18</sup>.

Sobre essa orientação encontraremos jurisprudência nos Tribunais:

“Se para a consecução do crime contra a liberdade sexual os acusados cometem, além de violência real, mais um outro, dessa natureza, de constrangimento ilegal à vítima, ameaçada de faca, para consentir na prática sexual, a ação penal é pública. Nos termo do art. 103 da lei penal (atual art. 101), sendo um dos elementos constitutivos do estupro fato que, por si só, constitui crime cabe a ação pública em relação àquele<sup>19</sup>. (TJSP – AC – Rel. Adriano Marrey – RJTJSP 33/261)

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 *Codex*, nas mesmas circunstâncias, à 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, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, com lesões corporais de natureza leve, são crimes de ação penal privada.

Conforme Delmanto, que entende ser mais acertada “a regra do art. 225, que deveria preponderar sobre a do art. 101, e não o contrário<sup>20</sup>.”

Já o Professor Damásio, nos esclarece que:

“Em edição anterior deste manual dissemos haver conflito aparente de normas entre as do art. 101 e 225, *caput*, do CP, resolvido pelo princípio da especialidade: a norma do art. 101 seria genérica, aplicável a todos os crimes complexos; a do art. 225 *caput*, específica, referente aos delitos contra os costumes. Nesse caso, segundo pensávamos, a norma especial prevaleceria sobre a geral, pelo que a ação penal, na hipótese, deveria ser regida pelo art. 225, *caput*, do CP. Continuamos a entender que a ação penal por delito de estupro com lesão corporal leve é de natureza privada, aplicando-se o art. 225, *caput*, do CP<sup>21</sup>.”

E na jurisprudência, também podemos observar o aludido posicionamento:

“Somente nos crimes sexuais violentos, de que resulte a morte ou lesões graves na ofendida, e que se faz sentir o império do art. 103 do CP (atual art. 101), justificando-se a iniciativa do Ministério Público para a ação, mesmo sem representação. Para o estupro simples, porém, esta é indispensável, já que a ação é de natureza privada, pela prevalência da regra do art. 225, norma específica, que derroga a genérica do art. 103 (atual art. 101), no citado Código<sup>22</sup>. (TJSP – Rev. – Rel. Acácio Rebouças – RT 338/106)

Com relação a segunda corrente, ela se bifurca em uma outra vertente, daqueles que, como Queiroz, defendem a prevalência do artigo 225 sobre o artigo 101, porem sob uma nova alegação,

<sup>18</sup> *Apud*, SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *op. cit.*, p. 227.

<sup>19</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all*, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 600.

<sup>20</sup> DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, S. Paulo: Editora Renovar, 2002, p. 192.

<sup>21</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal*, Volume 1, S. Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 583.

<sup>22</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all*, *op. cit.* (1993), p. 600.

de que:

“o juízo de que o estupro é um crime complexo é inexato . . . O estupro é crime simples cujo núcleo do tipo revelado pela oração infinitiva ‘constranger a mulher à conjunção carnal’ equivale a estuprar, surgindo como demasia o elemento subjetivo do tipo ‘mediante violência ou grave ameaça’, pelo simples fato de ter como sujeito passivo, exclusivo a mulher dissetânea à *introductio pênis intra vaz* . . . É, portanto, o estupro um crime simples, tanto que possível sua redução ao núcleo ‘estuprar’ desatrelando do pronome indefinido ‘alguém’, já que homem não pode ser estuprado embora sujeito passivo do coito *per anus*, ou *per os*, configurador do crime do artigo 214 do CP . . . O crime de estupro, em nosso entendimento, é simples porque a atual redação revela uma única ação punível, estuprar, camuflada pelo preceito ‘constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça’, verdadeira moita de palavras que traduz única finalidade: a violação da mulher. Hipocrisia querer divisar na hediondez do estupro um constrangimento ilegal seguido de vias de fato ou de lesões corporais. Crime político cometido contra a mulher a milênios, elaborado exclusivamente por homens, nada tem de complexo, visto que o sujeito ativo, quando orientado em direção à violação, jamais elabora juízos de valor em termo de eventuais constrangimentos ilegais ou lesões corporais, já que sua finalidade, última, é invadir a intimidade da mulher”<sup>23</sup>.

Essa o nosso entendimento, 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.

E se, apenas para argumentar, o leitor ainda não tiver sido convencido de que os crimes em tela são simples, e ainda acredite que são complexos, e nem acate a aludida aplicação do princípio da especialidade na hermenêutica do referido texto legal, ainda resta um terceiro argumento provando a impossibilidade de ser a ação penal pública incondicionada nos casos dos Crimes Sexuais Hediondos praticados com violência real.

Pois com o advento da lei 9 099/95, a chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme ressalta Maurício: “Fonte de antigas reivindicações das correntes mais modernas de pensamento, vem finalmente ao rol dos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido os previstos no art. 129, caput e 129, § 6º do Código Penal”<sup>24</sup>.

Com fulcro nesta alteração, processada pelo artigo 88 da referida lei, mesmo para os que entendem que os crimes sexuais hediondos são crimes complexos, constituídos pela violência sexual e lesão corporal leve, este delito não mais se procede por iniciativa do Ministério Público, assim, para uma correta aplicação do artigo 101, agora se faz importante verificar que a iniciativa pública passa a depender do assentimento da vítima ou de seu representante, através da representação, condição *sine qua non*.

Condição está, que, segundo Mirabete, “deriva do fato de que, por vezes, o interesse do ofendido se sobrepõe ao público na repressão ao ilícito de que foi vítima, quando o processo pode acarretar-lhe males maiores daqueles resultantes da infração”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de, *Estupro: um crime falsamente complexo*, S. Paulo: RT 712/509, p. 509.

<sup>24</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *op. cit.*, p. 378.

<sup>25</sup> MIRABETE, Julio Fabrinini, *op. cit.*, p. 64.



Assim sendo, com base na alteração havida pela lei 9 099/95, a súmula 608 do S.T.F. resta sem qualquer eficácia.

Corroborando nosso entendimento, destacamos da jurisprudência:

“Com o advento da Lei 9.099/95, que prevê em seu art. 88 a necessidade de representação do ofendido, para apuração do crime de lesões corporais leves, tem-se que a ação penal para apurar crime de estupro que resulta ferimentos leves para a vítima não é mais pública incondicionada. A ação penal é de natureza privada, ficando a atuação do Ministério Público condicionada à representação, caso fique demonstrada a impossibilidade da vítima ou de seu representante legal para custear as despesas do processo sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família ( . . . ) Sendo a ação penal pública uma exceção em sede de crimes contra os costumes, a excepcional admissão dela há de decorrer, sempre, de interpretação restritiva, tanto da lei como da jurisprudência, inclusive sumular, segundo as regras básicas da hermenêutica”<sup>26</sup>. (TJMG – 2.ª C. – AP 194.879-3/00 – Rel. Herculano Rodrigues – j. 09.11.2000 – RT 791/666 e JM 155/408)

Outra questão controvertida é o **Pátrio Poder**, que conforme nos ensina Mirabette, é o “poder dos pais 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”<sup>27</sup>.

Ao qual poderíamos ainda acrescentar a possibilidade de também extinguir-se por decisão judicial, fundamentada no artigo 1.638, inciso III do Código Civil, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Importante observar que “o atual CC mudou a terminologia ‘pátrio poder’ para ‘poder familiar’”<sup>28</sup>, 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, de nosso 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.

Siqueira nos esclarece que “no crime contra os costumes, contra filho ou filha, fora do pátrio poder, a ação penal é privada, só se transformando em pública em virtude de pobreza da vítima ou de seu representante legal”<sup>29</sup>.

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 incoerência do abuso do pátrio poder, tentando a todo custo, transmutar 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.

“A esposa pode ser sujeito passivo de crime de atentado violento ao pudor cometido pelo marido.

<sup>26</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all, op. cit. ( 2007)*, p. 600.

<sup>27</sup> SOIBELMAN, Leib, *op. cit.*, p. 20.

<sup>28</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro; GRACIA, Wander, *Anotações ao Código Civil*, S. Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 477.

<sup>29</sup> SIQUEIRA, Geraldo Batista de, *Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996, p. 20.

Mesmo na intimidade da alcova nupcial o pudor não desaparece<sup>30</sup>. (TACRIM-SP – AC – Rel. Luiz Tavares – RT 516/343)

Porém, conforme assevera Delmanto:

“quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a grande maioria dos doutrinadores entende que não pode sê-lo, portanto seria penalmente lícito constranger a mulher a conjunção carnal mediante violência física ou grave ameaça (Bento de Faria, C.P. Brasileiro Comentado, 1 959, VI/15; Galdino Siqueira, Tratado D. Penal, 1 947, III/258; H. Fragoso, Lições D. Penal, 1962, parte especial, II/493; Hungria, Comentários ao CP, 1 959, VIII/125; Magalhães de Noronha, D. Penal, 1 979, III/109)”<sup>31</sup>.

Entende, no entanto o autor citado:

“que o marido pode ser autor de estupro contra a própria esposa. O crime de estupro nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal (CP, Art. 146), mas visando à conjunção carnal, sendo que esta, por si mesma, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, Art. 23, III, 2ª parte), mas, sim, abuso de direito, portanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges”<sup>32</sup>.

A solução proposta pelo saudoso Celso Delmanto é sem dúvida a melhor, pois a coação para a prática do ato é incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar.

“O tipo penal estupro, pelo objeto jurídico que ataca levou o legislador a proteger o sujeito passivo, independentemente de qualquer qualificação. Todo ser humano têm direito à liberdade”<sup>33</sup>.

A legislação portuguesa tem caminhado nesse sentido:

“Contrariamente ao que sucedia no domínio do código anterior, a cópula entre casados pode agora integrar o crime de violação. A expressão fora do casamento que constava do Projecto de 1 966, e foi posteriormente eliminada, precludia essa possibilidade, mas o obstáculo desapareceu. Deve agora, portanto, entender-se que a mulher casada não têm que suportar a cópula com o marido mediante os meios descritos neste artigo, incorrendo ele no crime de violação se praticar a cópula mediante tais meios”.

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 *Codex*.

#### **4 - Ação Penal Pública**

##### **4.1 - Noções Introdutórias**

Nos crimes sexuais, conforme já dissemos, o que era exceção assume a posição de regra e o que

<sup>30</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all, op. cit. (1993)*, p. 1 298.

<sup>31</sup> DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 350.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 350.

<sup>33</sup> SIQUEIRA, Geraldo Batista de, *op. cit.*, p. 56.

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 puderem promover as 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 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 passaremos 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.

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 à 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 à defesa do que à 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 preempção.

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 miserabilidade consoante jurisprudência reiterada pode ser comprovada por qualquer meio e não exclusivamente por papel assinado pela autoridade policial. Está no Código de Processo Penal Anotado, de Damásio E. de Jesus, que, para esse fim, são admitidos outros meios além do atestado da autoridade policial e que tal atestado é até dispensável quando há notoriedade da pobreza (3ª Ed., Saraiva, 1983, p. 25)”<sup>34</sup>. (TJSP HC Rel. Djalma Lofrano – RTJSP 97/587 e RT 559/411)

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

“Manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, no sentido de que tem interesse na punição do autor da infração penal”<sup>35</sup>.

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

<sup>34</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all, op. cit.* (1993), p. 1 357.

<sup>35</sup> DELMANTO, Celso, *op. cit.*, p. 156.

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 a 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:

“Nas ações públicas condicionadas existe um marco divisor a respeito da impossibilidade da retratação da representação: é o momento do oferecimento da denúncia, consoante dispõem os art. 104 da lei penal (atual art. 102) e 25 da lei adjetiva. Vale dizer, pois, que a retratação da representação será sempre eficaz, quando surgida antes do oferecimento da peça inaugural do processo”<sup>36</sup>. (TACRIM – SP – HC Rel. Camargo Aranha – RT 464/369)

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 a chamada retratação da retratação, pois:

“A retratação, por si só, não opera a decadência da ação penal, pois, pode ela ser renovada enquanto não decorrido o prazo de seis meses”<sup>37</sup>. (TJSP – Rec. – Rel. Virgílio Manente – RT 390/204)

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, à *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 discrição.

Bem, o caso em tela, gera ainda alguma divergência quando os agentes do crime são os tais padrastos de fato, ou concubinos. O entendimento que nos parece mais acertado, é o da interpretação analógica, visto que, “quando se trata de norma não incriminadora, ou norma não propriamente penal, como lhe chama Battaglini, não há inconveniente em que se adote o processo analógico”<sup>38</sup>.

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 concubino, para exercer autoridade sobre os filhos de sua amásia, assim ele é a pessoa que por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

É farta a interpretação jurisprudencial, no sentido de que a ação penal, no caso, é pública incondicionada:

“Pondera-se sobre a existência, em tese, de um crime arquiinfamante,

<sup>36</sup> SILVA FRANCO, Alberto, et all, *op. cit.* (1993), p. 602.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 603.

<sup>38</sup> TORINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal, Volume 1*, S. Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 157.

cometido por quem tinha, precisamente, dever maior de velar pela honestidade moral de quem se ache sob sua autoridade. Nesse diapasão, acaba tendo importância mínima, imponderável, que essa autoridade se exerça pelo padrasto de fato, tutor de fato ou curador de fato... a atual Constituição acabou absorvendo, até ampliando o instituto da família `de fato`. Nesse quadro, se já anteriormente não se mostrava inteiramente sustentável a distinção entre padrasto e padrasto `de fato` - nos tempos atuais torna-se verdadeiro preciosismo de antigualha, decidindo para o passado, consagrar-se à submissão apenas literal, a diversificação entre aqueles casos familiares, formais ou fatuais. Pesa pouco, em verdade, pesa nada, que o relacionamento se estabeleça com o casamento entre o réu e a mãe da vítima ou que exista uma extensividade fática. Não apenas isso. É que, acaso se interpretasse assim respectivamente tal abertura ao sistema processual (que é, repete-se, ação pública; observando que a exceção à exceção apenas confirma a regra geral) – então essa modalidade de ação pública estaria reservada a tão mínimo número de casos, tão inexpressivos numericamente, que acabaria por se erigir em excentricidade legal. Principalmente quanto a curadores e tutores formais”<sup>39</sup>. (TJSP – AC – Rel. Belfort – RJTJSP 128/485)

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”<sup>40</sup>.

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.

Passemos então ao estudo a ação penal correspondente.

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

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, e de que a ação penal para os casos previstos no artigo 223 é pública incondicionada ou plena.

Na **Justiça Castrense**, os delitos de Estupro e Atentado Violento ao Pudor, estão tipificados nos artigos 232 e 233, do Código Penal Militar, porém, a eles são cominadas penas menos severas que as cominadas aos tipos respectivos na Justiça Comum.

Estranhamente eles não foram incluídos no rol dos crimes hediondos, talvez por um descuido lamentável do legislador, e como é inadmissível o emprego de analogia para criar ilícitos penais ou para estabelecer sanções, mantêm-se esta situação injusta, erigindo a Justiça Castrense em verdadeiro tribunal de exceção ao arripio do artigo 5º, inciso XXXVII, de nossa Carta Constitucional.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RT 655/354.

“Estupro – Ação Penal – Competência – Policial que subjuga a vontade da vítima mediante o emprego de arma da corporação – Crime Militar

<sup>39</sup> SILVA FRANCO, Alberto, *et all, op. cit. (1993)*, p. 1 349.

<sup>40</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal, Volume I, Tomo I*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p. 625.

caracterizado – Julgamento afeto à Justiça Militar – Inteligência do art. 9, II, i, CPM<sup>41</sup>.

Conforme reza o artigo 29 do Estatuto Processual Penal Militar e o artigo 121 do Código Penal Militar.

“A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público... na legislação processual penal militar, inexistente essa condição, também conhecida como condição de procedibilidade... Em conclusão, inexistente na legislação processual penal militar ação penal privada ou ação penal condicionada”<sup>42</sup>.

Para finalizar, Adriano Augusto Streiche de Souza, RT 707/420, sob o título de “Estupro e Atentado Violento ao Pudor praticados contra vítima menor de 14 anos, correlação entre as leis n. 8 069/90 e 8 072/90”<sup>43</sup>, advoga a tese de que **os crimes sexuais hediondos, quando praticados contra vítima com menos de catorze anos seriam de ação penal pública incondicionada.**

Fundamenta citando o disposto no artigo 227, da lei 8 069/90, “os crimes definidos nesta lei são de ação pública incondicionada”.

Alega o autor que os crimes tipificados pelos artigos 213 e 214, do Código Penal, quando praticados contra vítimas menores de catorze anos são regidos pelos parágrafos únicos acrescentados pela lei 8 069/90 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.

Com a devida vênia, discordamos da tese esposada por Adriano Augusto Streicher de Souza, e para tanto citamos os comentários efetuados a respeito do Projeto da lei disciplinando os “crimes de especial gravidade”, pelo Professor Damásio Evangelista de Jesus:

“O art. 2º do Projeto determina a revogação dos parágrafos únicos dos art.: 213 e 214 do Código Penal. Ocorre que esses artigos não têm parágrafos únicos. Realmente, quando entraram em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei dos Crimes Hediondos houve discussão a respeito. Hoje, entretanto, está sedimentada a orientação de que o art. 9º da lei 8 072/90, revogou o art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente na parte em que acrescentava parágrafos únicos aos dispositivos citados (Francisco de Assis Toledo, Crimes Hediondos – alguns aspectos em Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1 991, 3:210). Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, desde 1 992, vem reiteradamente decidindo que aquelas disposições não apresentam parágrafos únicos (JSTJ, 36:335; RT, 691:375; Recurso Especial 68.145, 5ª Turma, DJU 28.8.95, p. 26.679), o mesmo acontecendo com os Tribunais do País (RT, 681:340 e 691:303; Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 135: 442, 137:478, e 138:515). Além disso, o Projeto, a transformar-se em lei, poderá trazer novo embaraço. Argumenta-se-á que se os parágrafos únicos foram revogados é porque estavam em vigor, como impunham pena menor que a prevista no art. 9º da lei 8.072/90, deverão ser aplicados aos que cometeram crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas condições típicas especificadas, durante a sua vigência. Não é a nossa posição, uma vez que não se revoga o que já foi revogado. É o que acontece no crime impossível: não se mata o cadáver”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> SIQUEIRA, Geraldo Batista de, *op. cit.* p. 30.

<sup>42</sup> NETO, José da Silva Loureiro, *Lições de Processo Penal Militar*, S. Paulo, Saraiva, 1992. p. 16.

<sup>43</sup> *Apud*, SIQUEIRA, Geraldo Batista de, *op. cit.* p. 36.

Além do que, como bem nos assevera o professor Fernando Capez<sup>45</sup> “atualmente a questão perdeu todo o interesse, uma vez que a lei 9.281, de 04 de junho de 1 996, revogou expressamente o parágrafo único dos arts. 213 e 214 do CP”.

## 5 - Considerações Finais

### 5.1 - Proposta

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 a efeito nos Pretórios de nosso país. Os textos legais, porém, são claros o suficiente para evitar tanta controvérsia.

Mesmo assim, a controvérsia surge, devido a forte tendência existente no sentido de tornar pública a ação penal nos crimes ora estudados. Os motivos que fundamentam em cada caso a mudança, já foram comentados no decorrer desse trabalho.

A lei dos Crimes Hediondos, lei 8 072 de 25 de julho de 1 990, não trouxe nenhuma novidade em relação à titularidade da ação.

“Quanto aos crimes contra os costumes, bem que a nova lei poderia ter estabelecido o critério da ação penal pública incondicionada, dada à excepcionalidade da gravidade das infrações penais nela contidas”<sup>46</sup>.

O objetivo visado pelo legislador ao tipificar os crimes hediondos foi dar combate aos crimes mais violentos, que vêm causando na população uma inquietação crescente e aterrorizante as pessoas. Tanto que a palavra hediondo significa “aquele que manifesta extrema abjeção ou depravação nos seus atos; que inspira pelos seus vícios ou crimes repulsa e horror”<sup>47</sup>.

Os crimes hediondos são número *clausus*, assim sendo, “crime hediondo é simples e tão-somente aquele que, independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo primeiro da lei”.

E no rol dos crimes elencados pelo artigo em comento, encontramos o Estupro e o Atentado Violento ao Pudor, que com o advento da chamada Lei dos Crimes Hediondos foram erigidos à categoria dos crimes, cujo interesse em sua repressão, desperta do maior clamor social.

Para tanto, elaborou-se uma resposta penal mais severa, conforme Szinick:

“visou o legislador, ao combater a violência e os crimes violentos não só o aumento das penas, tornando-as mais severas, mas também fazer com que a pena imposta ao criminoso fosse cumprida a contento. Para atingir esse objetivo, eliminou vários dos benefícios reconhecidos pela legislação ordinária. Assim é que, nos crimes hediondos, não há que se falar de concessão de anistia, graça ou indulto e, muito menos fiança e liberdade provisória”<sup>48</sup>.

Convém salientar que essa foi a primeira vez que o legislador perdeu a oportunidade de alterar a parte que se refere a legitimação para agir nos crimes em comento.

Pois conforme assevera João Mendes de Almeida Junior:

“reconhecidas duas classes de delitos, públicos e privados, a cada uma das quais correspondiam condições diferentes para o exercício da ação penal. Nos delitos públicos, isto é, naqueles cuja repressão interessa mais a ordem pública e a segurança geral, o direito de acusação

<sup>44</sup> JESUS, Damásio Evangelista de, *Crimes Hediondos, organizados e de especial gravidade*, boletim nº 33, IBCCrim, S. Paulo, 1995, p. 4.

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, v. 3, S. Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 27.

<sup>46</sup> SIQUEIRA, Geraldo Batista de, *op. cit.*, p. 47.

<sup>47</sup> AULETE, Caudas, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, Volume III*, Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980, p. 1 827.

<sup>48</sup> SZINICK, Valdir, *op. cit.*, p. 222.

pertencia a todos os cidadãos... Nos delitos privados, isto é, naqueles delitos menos graves, em que a lesão não atacava senão principalmente um interesse privado, o direito de acusação não pertencia senão ao ofendido, a seus pais, a seu tutor, a seu senhor, e, nas ações relativas a estes delitos, era permitida a desistência e a transação”<sup>49</sup>.

Assim sendo, manter condutas, sobre as quais pairam tão grande reprovabilidade social, no rol das condutas sujeitas a ação penal privada, é um erro, a priori, porque como já vimos, choca-se com o próprio fundamento da distinção entre os delitos em que a ação penal terá natureza pública, ou privada.

Em expressivos comentários ao Código de Processo Penal, Osvaldo Silva, então ilustre Diretor Geral da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, nos ensinou, já naquela época, que há:

“certos e determinados crimes que causam muito maior repercussão no seio da coletividade do que outros tal a gravidade de que se revestem, o exemplo maléfico que propiciam aos indivíduos, componentes do todo social, e, por fim, a lesão que causam, quer patrimonial, quer moral. Tais delitos são chamados de ação penal pública ou de alçada pública”<sup>50</sup>.

Em conformidade com o professor Mirabete, acreditamos que o único motivo que pode ter levado, o legislador a manter inalterada a ação penal como prevista no artigo 225, do Código Penal Pátrio, é o chamado *Strepitus Judicii*.

“As razões básicas do dispositivo são as de que o mal do processo, pelo *Strepitus Judicii*, muitas vezes, traria piores conseqüências para a vítima, e que, sem a colaboração desta, não seria possível colher-se prova para a condenação do agente”<sup>51</sup>.

Bom, pessoalmente não corroboro com a posição defendida pelo professor Geraldo Batista de Siqueira, em sua obra, de que, o legislador deveria ter estabelecido o critério da ação penal pública incondicionada, porém, se existe uma forma intermediária, e possível de ser aplicada à hipótese, eu vos pergunto, por que não?

Ora, trata-se da Ação Penal Pública Impropriamente Dita ou Condicionada.

Pois aqui também “o legislador teve em vista a proteção dos interesses do ofendido, às vezes muito mais lesado com a publicidade do processo do que com o próprio crime”<sup>52</sup>.

E como bem nos ensina o Professor Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra “Código de Processo Penal Interpretado”, a ação penal pública condicionada, também visa evitar o *Strepitus Judicii*<sup>53</sup>.

E Salles Junior nos ensina que, no caso de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, sem a mencionada representação, não se pode a Autoridade Policial instaurar o inquérito:

“Representação é a manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de permitir ao Estado que desenvolva as atividades necessárias para investigar a infração penal e apurar a respectiva autoria. A representação subscrita pelo ofendido ou seu representante legal, portanto, nos crimes de ação penal pública

---

<sup>49</sup> *Apud*, MONDIM, Augusto, *Manual de Inquérito Policial*, S. Paulo: Editora Escola de Polícia de São Paulo, 1955, p. 64.

<sup>50</sup> *Apud*, MONDIM, Augusto, *op. cit.*, p. 65.

<sup>51</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *op. cit.*, p. 462.

<sup>52</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *op. cit.*, p. 158.

<sup>53</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, S. Paulo: Editora Atlas, 1995, p. 64.



condicionada é peça imprescindível ao inquérito policial, e a importância da representação vai muito além, já que o Ministério Público não pode dar início à ação penal sem a representação do ofendido<sup>54</sup>.

A segunda oportunidade perdida pelo legislador, se deu com o advento da Lei 11.106/05, a qual representou um importante avanço legislativo no que se refere aos crimes contra os costumes. Tendo alterado a redação de tipos penais, nos quais retirou do modelo legal de conduta a palavra “honesta”, de concepção machista e antiquada, revogou ainda diversos artigos, que deixamos de comentar por não serem o objeto de nosso trabalho, assim como também revogou as causas de extinção de punibilidade que se constituíam no casamento do agente com a ofendida, e no casamento da vítima com terceiro. Mas novamente se perdeu uma boa oportunidade de alterar a legitimação para agir, ao menos no que se refere, aqueles que ousamos chamar de: Crimes Sexuais Hediondos.

## 5.2 - Vantagens

Como vimos anteriormente no corpo deste trabalho, a substituição do advogado pelo Ministério Público proporciona significativa vantagem para a defesa dos interesses da vítima.

Além do óbvio, o advogado está mais voltado à defesa do que a acusação.

Na atual legislação, com fulcro no artigo 225, parágrafo primeiro, inciso primeiro do Código Penal Pátrio, só poderá invocar tal benefício, as vítimas que não puderem promover as despesas do processo, sem se privar de recursos indispensáveis à manutenção da própria família.

Bem, o fato de poder arcar com os encargos de uma ação penal sem se privar do necessário à subsistência própria ou da família, leva a vítima ou seu representante legal a ter que suportar as despesas do processo, honorário, custas, e outras.

Trata-se de verdadeira sanção pecuniária imposta àquele, que, após ter sido vítima de um delito gerador de tanta repulsa social, digno de tão severa repressão, sob pena de ver o sujeito ativo do delito impune, é obrigado a arcar com todas as despesas processuais.

Além do que, fica a vítima sujeita a perempção, que poderá ocorrer a qualquer momento no processo, quer seja por desídia ou por inexperiência do profissional por ela contratado.

Claro está que pode um cidadão em condições modestas, ou até de classe média prover as referidas despesas, sem privar-se dos aludidos recursos indispensáveis à manutenção de sua família, porém durante quanto tempo, e de quantas coisas, se verá obrigado a privar-se?...

## Bibliografia

- AULETE, Caudas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, Volume III*. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1980.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, v. 3*. S. Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal, Volume I, Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Renovar, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português Anotado*. Coimbra: Editora Almedina, 1994.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal, Volume 1*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. Crimes hediondos, organizados e de especial gravidade, boletim nº 33, IBCCrim. S. Paulo, 1995.
- JUNIOR, Policarpo. *Pintou uma vontade*, Revista Veja, 22 de maio, 1996.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MAZZILLI, Hugo Nigro; GRACIA, Wander. *Anotações ao Código Civil*. S. Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial*. S. Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>54</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *op. cit.*, p. 25.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, Volume 2*, S. Paulo: Editora Atlas, 1994.  
\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Interpretado*, S. Paulo: Editora Atlas, 1995.
- MONDIN, Augusto. *Manual de Inquérito Policial*. S. Paulo: Editora Escola de Polícia de São Paulo, 1995.
- MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos*, S. Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- NETO, José da Silva Loureiro. *Lições de Processo Penal Militar*. S. Paulo: Saraiva, 1992.
- PIERANGELLI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil*. Bauru: Editora Javoli, 1980.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de, *Estupro: um crime falsamente complexo*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT 712/509), 1995.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Volume 6*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito Policial e Ação Penal*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- SILVA FRANCO, Alberto, *et all. Código Penal e sua Interpretação, Doutrina e Jurisprudência*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.  
\_\_\_\_\_. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*, Rio de Janeiro: Editora Thex, 1994.
- SZINICK, Valdir. *Crimes Sexuais Violentos*. S. Paulo: Editora Ícone, 1992.
- TORINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, Volume 1*. S. Paulo, Saraiva, 1994.  
\_\_\_\_\_. *Prática de Processo Penal*. S. Paulo: Editora Saraiva, 1995.