

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Graduação em Direito

**DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO: manutenção da
Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal fundamentada pelo princípio da
proporcionalidade**

Diego Veloso da Cunha

Arcos/MG
2011

Diego Veloso da Cunha

**DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO: manutenção da
Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal fundamentada pelo princípio da
proporcionalidade**

Monografia apresentada ao programa de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como obtenção parcial de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Jaques Daniel Rezende Soares

Arcos/MG

2011

Diego Veloso da Cunha

DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO: A manutenção da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal fundamentada pelo princípio da proporcionalidade

Monografia apresentada ao programa de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como obtenção parcial de título de Bacharel em Direito.

Prof^o. Jaques Daniel Rezende Soares

Prof^o. XXX

Prof^o. XXX

Arcos, 25 de maio de 2011

Aos que lutaram ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me proporcionaram a oportunidade única de chegar até o fim; aqueles que me apoiaram e foram mais que amigos, foram uma família, aos quais pude escolher.

A minha família, que por mais que houvesse dificuldades, nunca deixou que isso afetasse em meus estudos, a eles principalmente, dedico essa vitória, pois sem uma base sólida, nunca poderia ter feito nada. Obrigada por me ajudarem a vencer essa etapa. A minha namorada Leila, pela compreensão e amor incondicional.

Agradeço ao meu orientador Professor Jaques, que tornou possível a realização deste trabalho. Agradeço também ao professor Angelo Ansanelli, pelo apoio e por plantar a semente que se desenvolveu no questionamento que norteou esta pesquisa.

Aos amigos que conquistei e que nunca deixaram de existir, por mais que a distância possa nos afastar, o conhecimento e a amizade que dividimos durante estes cinco anos, nunca deixarão a nossa memória.

Enfim, tudo isso não seria possível sem a inspiração Divina, agradeço ao Pai Celestial, que nunca me deixou fraquejar e desistir. E que Ele sempre nos acompanhe por toda caminhada.

“Uma mente que se abre a uma nova idéia, jamais volta ao tamanho original.”

Albert Einstein

RESUMO

Com o advento da Lei 12.015/09, que trata dos crimes contra a dignidade sexual, a titularidade da ação penal no crime de estupro, tornou-se palco para grandes discussões doutrinárias. É sabido que a ação penal é dividida em quatro tipos de ações: ação penal pública incondicionada; ação penal pública condicionada; ação penal privada ação penal privada subsidiária da pública. Sendo a ação pública incondicionada o vetor principal da discussão apresentada neste trabalho de pesquisa. Antes do advento da Lei 12.015/09 a ação penal no crime de estupro poderia ser em regra privada ou pública incondicionada à representação nos casos de abuso de pátrio poder; quando a vítima fosse pobre e não pudesse arcar com as custas do processo e quando do crime resultasse lesão corporal grave ou morte, ação penal esta reforçada pela Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: no crime de estupro mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Tal súmula vem sendo discutida, pois existem duas correntes que discutem se esta se manterá com o advento da Lei que trata dos crimes contra a dignidade sexual, ou se esta súmula se encontra de uma vez por todas insustentável, uma vez que a Lei em xeque, estabelece que no crime de estupro, a ação é pública condicionada a representação, cabendo a exceção quando este crime for cometido contra menor ou absolutamente incapaz, sendo a ação neste caso deflagrada pelo Ministério Público. É interessante ressaltar que os doutrinadores que defendem a manutenção da discutida súmula, se pautam no princípio constitucional da proporcionalidade, sendo este fundamental ao Estado Democrático de Direito, pois tal princípio se afirma tanto na proibição do excesso, quanto na proibição da proteção deficiente, ou seja, o Estado não pode deixar a sociedade desprotegida, ante um crime tão complexo e perturbador. Em face da falta de posicionamento do Supremo Tribunal Federal para com a dúvida na manutenção ou não da Súmula 608, deu-se início a uma pesquisa sobre o assunto que findou neste trabalho apresentado.

Palavras-chaves: Ação penal. Lei 12.015/09. Inconstitucionalidade. Ministério Público

ABSTRACT

With the advent of Law 12.015/09, which deals with sexual crimes against the dignity, ownership of prosecuting the crime of rape, became the arena for major doctrinal discussions. It is known that the criminal action is divided into four types of actions: public criminal action; conditioned public prosecution, criminal private prosecution of public private subsidiary. Since the unconditioned public action the principal vector of the discussion presented in this research. Before the advent of Law 12.015/09 the prosecution of the crime of rape could be in private or public unconditional rule for representation in cases of abuse of parental authority, when the victim was poor and could not afford the costs of the proceedings and when the crime resulted severe bodily injury or death, criminal action is reinforced by Precedent 608 of the Federal Supreme Court, which says the crime of rape by actual violence, the prosecution is unconditioned public. This summary is being discussed because there are two trends that discuss whether this will remain with the advent of the Act dealing with sexual crimes against the dignity, or if this precedent is once and for all untenable, since the law in check provides that the crime of rape, the action is conditioned public representation, being the exception when the crime is committed against minor or entirely unable, in this case being the action triggered by the prosecutor. It is interesting to note that the scholars who favor keeping the score sheet discussed, are governed by the constitutional principle of proportionality, which is fundamental to a democratic state, as this principle asserts itself in the prohibition of excess, as the prohibition on the protection disabled, or That is, the state can not leave society unprotected, compared to a crime as complex and disturbing. Given the lack of positioning of the Supreme Court to the doubt whether or not the maintenance of Precedent 608, has begun a survey on the subject that ended in this work presented.

Keywords: criminal action. Law 12.015/09. Unconstitutional. Prosecutor.

LISTA DE SIGLAS

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA AÇÃO PENAL	13
2.1 Dos fundamentos do direito de ação	15
2.2 Das espécies de ação penal	15
2.2.1 <i>Ação penal pública incondicionada</i>	16
2.2.3 <i>Ação penal privada subsidiária da pública</i>	17
2.2.4 <i>Ação penal privada personalíssima</i>	18
3 DA DISCUSSÃO SOBRE A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	20
3.1 Da ação penal antes da Lei 12.015/09	20
3.2 Da ação penal após o advento da Lei 12.015/09	21
3.3 Das críticas à Lei que trata os crimes contra a dignidade sexual no que tange a ação penal	22
3.3.1 <i>Da aplicação da nova Lei no tempo</i>	24
4 DA SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, NA DEFESA DA MANUTENÇÃO DA SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	30
5.1 Do princípio da proporcionalidade	30
5.1.1 <i>Da Intimidade da vítima e a segurança coletiva</i>	32
5.1.2 <i>Da omissão estatal</i>	33
5.2 Da discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.015/09, pautada no princípio da proporcionalidade	35
5.3 Da manutenção da Súmula 608 STF	37
6 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa apresentará pontos sobre a discussão em torno da ação penal após o advento da Lei 12.015/09, observado posicionamentos divergentes sobre o tema, pois não está claro se houve ou não revogação da Súmula 608 do Superior Tribunal Federal (STF) após o advento da citada Lei, isto porque em alguns estados a ação penal deflagrada pelo Ministério Público está sendo plenamente aceita.

Antes da modificação feita pela Lei citada, o delito de estupro qualificado pelo resultado lesão grave ou morte era crime de ação penal pública incondicionada, porquanto o antigo artigo 225 não tratava da ação penal quando da ocorrência desses resultados, pois estavam dispostos no revogado artigo 223 que, por sua vez, encontrava-se no Capítulo IV, do Título VI do CP. Sendo assim, o artigo 223 falava que se da violência resultasse lesão grave ou morte, ou seja, com presença da violência real (física) aplicava-se o enunciado da Súmula 608 do STF que determinava a instauração da ação penal pública incondicionada.

O fato é que para alguns doutrinadores, a referida súmula perdeu sua eficácia, diante da atual redação do artigo 225, tendo o legislador ignorado a sua existência. Dessa forma, se tínhamos até 10 de agosto de 2009 ações penais públicas incondicionadas em curso para apuração do crime de estupro qualificado por esses resultados, com a vigência do novo diploma legal, todas elas, a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, deverão ser suspensas, ficando a depender da representação da vítima ou de seus familiares, já que, conforme dito acima, a representação é uma condição de procedibilidade para a propositura da ação penal.

Sem a representação, não há como se prosseguir com a ação penal, justamente porque a inovação legal se trata de uma *novatio in melius*, devendo retroagir para alcançar os réus que estejam respondendo pelo crime de estupro com resultado lesão grave ou morte.

Hoje se discute muito sobre a eficácia da Súmula 608 do STF onde o pretório excelso diz que “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Como o artigo 225 do Código Penal não elucidou a matéria, essa discussão se estende pela doutrina, principalmente nas questões que envolvem os resultados lesão corporal e morte, porque o legislador apenas qualificou o crime nos parágrafos do artigo 213 do Código Penal, mas não

especificou a natureza da ação penal para esses casos em específico, ofendendo o princípio da dignidade humana e o e colocando em evidência o princípio da proibição da proteção deficiente.

Ao entrarmos nesta discussão, devemos focar o princípio da proporcionalidade, observamos que este princípio tem fundamental importância na discussão em xeque, pois o Estado quando toma para si a responsabilidade de se fazer cumprir as normas e aplicar as sanções em decorrência do descumprimento destas, deve se preocupar em não agir de maneira excessiva, nem omissiva, pois ao andar por estas mazelas, o Estado incorrerá em erros muitas vezes irremediáveis.

Diante da falta de posicionamento do Superior Tribunal Federal, este trabalho vem ressaltar a importância de tal discussão, pois trata-se de um assunto muito delicado no qual, réus e vítimas dependem de uma decisão de grande importância na qual darão novos rumos as suas vidas.

2 DA AÇÃO PENAL

Para exercitar seu poder de repressão às transgressões da norma penal, restabelecer a ordem jurídica por elas violada, o Estado chamou para si o *ius puniendi*, passando a ter o monopólio da administração da justiça. Com isso teve lugar o processo, que veio se colocar no lugar da vingança privada e auto tutela, sendo assim responsável pela manutenção da paz social e resolução dos conflitos. Sendo a mola propulsora de tal manutenção a ação penal, a qual coloca o Estado-Juiz à frente da resolução de litígios.

Todo e qualquer conflito deve ser apreciado pelo Estado-Juiz, que possui o monopólio da jurisdição sendo o único capaz de julgar, pois, “[...] em determinado momento da história, o Estado avocou a tarefa de administrar a justiça.” (TOURINHO FILHO, 2005, p. 91). Diante deste poder estatal de solução dos litígios e a busca por um equilíbrio social tem ele a competência para punir qualquer pessoa que realize condutas tipificadas penalmente, tendo como fundamento o inciso XXXV do artigo 5º da CF.

A ação penal, inerente ao devido processo legal, é o direito de, à vista do cometimento de uma infração penal (crime ou contravenção), provocar a tutela jurisdicional-penal do Estado afim de obter uma sentença penal condenatória ou absolutória.

Julio Fabbrini Mirabete explica em que consiste e como é aplicado o direito de punir do Estado:

O *Jus Puniendi*, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal. Obriga o Estado-Administração a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao Estado, enquanto administração, perante os órgãos a tal fim. (MIRABETE, 2001, P. 101-102).

Na classificação das ações penais considera-se o critério subjetivo para sua distinção, ou seja, para diferenciar uma ação penal privada de uma pública é preciso saber quem é a parte legítima para a propositura da mesma (Legitimidade ad causam), como ensina Ada Pellegrini Grinover:

A ação penal diz-se pública quando movida pelo Ministério Público; e diz-se de iniciativa privada quando movida pelo ofendido. Claro, porém, que a terminologia não modifica o caráter da ação, que é sempre pública porque toda ação tem como sujeito passivo o Estado e em um de seus pólos existe atividade de direito público. (GRINOVER, 2005, p.264).

Segundo Queiroz (2009) no primeiro caso, a ação tem seu início materializado em forma de petição inicial chamada denúncia, a qual discorrerá sobre o caso, circunstâncias, qualificação do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas, este tipo de ação é de competência do Ministério Público, federal ou estadual, conforme se trate de crimes nestas esferas. No segundo caso, cuja petição recebe o nome de queixa, a legitimidade para deflagrar a ação em do próprio ofendido ou seu representante legal.

Existe também na hipótese de cabimento da ação pública, diante da inércia do titular da ação, a propositura de ação privada subsidiária, a qual é admitida com a finalidade de suprir a omissão injustificada do Ministério Público (CF, art. 5º LIX; CP art. 100, § 3º).

2.1 Dos fundamentos do direito de ação

Ao ponto que o Estado passou a assumir a soberania da Justiça, deve-se colocar ao alcance do cidadão, meios capazes de fazer valer os direitos inerentes da cidadania, pois esta é a emanção do que chamamos *status civitatis*.

Em consequência disto, a Constituição da República Federativa do Brasil consagra que o fundamento do Estado Democrático de Direito é o exercício da cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana, visto que no momento em que tais direitos estejam sendo desrespeitados, há que acionar o Estado para resolver tal litígio.

Para Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 121) o conceito de ação penal: “[...] é o direito do Estado-Acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto.”

Posição esta que se mostra praticamente unânime na doutrina penal e processualista penal conforme se observa na obra de Julio Fabbrini Mirabete (2001 p. 104): “É o *jus perseguendi*, ou *jus accusationis*, a investidura do estado no direito de ação[...]”; Ada Pellegrine Grinover (2005, p. 264): “[...]da violação efetiva ou aparente da norma penal nasce a pretensão punitiva do Estado[...]”; e Fernando da Costa Tourinho Filho:

Com a prática da ação violadora da norma penal, antecipadamente estabelecida (*nullum crimen sine praevia lege*), aquele direito de punir, que

indistinta e abstratamente visa aos possíveis infratores da norma penal, modifica-se em relação ao seu real infrator, transmudando-se num direito efetivo, atual, concreto de punir. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 94).

Como nos elucida Rangel (2010), qualquer lesão ou ameaça ao direito deve ser levado ao conhecimento do Estado-juiz, pois com a proibição penal da autodefesa, surge o direito de agir, para que se reclame do Estado à providência jurisdicional cabível.

Resta lembrar que não podemos confundir a legítima defesa, por exemplo, com autodefesa, pois para que aquela seja reconhecida, é fundamental a instauração de um processo judicial com decisão declaratória de exclusão de ilicitude.

O fundamento constitucional do direito de ação está contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão o ameaça a direito”.

2.2 Das espécies de ação penal

2.2.1 Ação penal pública incondicionada

É aquela que poderá ser proposta somente pelo Ministério Público, quando este entender que já foram estabelecidas a materialidade do delito e sua autoria, devendo propor a ação penal pelo instrumento da denúncia, observando os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

O próprio tipo penal irá estabelecer qual à ação penal adequada para ser proposta quando ocorrer um fato típico, antijurídico e culpável, tendo como fundamento o bem jurídico tutelado, pois a própria legislação especificará quando o sujeito passivo do crime será o legitimado para a propositura da mesma.

Sendo assim, quando o Código Penal e as Legislações penais especiais não trouxerem de forma expressa quem é o legitimado para a propositura da ação penal, entende-se que esta será ação penal pública incondicionada, o próprio tipo penal irá estabelecer a legitimidade para a propositura da ação.

Por haver critérios legais para essa classificação, a doutrina se mostra unânime quanto à conceituação da ação penal pública incondicionada. Grinover (2005, p. 275) conceitua da seguinte forma: “Diz-se incondicionada quando, para

promovê-la, o Ministério Público independe da manifestação da vontade de quem quer que seja.”

Qualquer pessoa, nos casos de ação penal pública, pode provocar a iniciativa do Ministério Público, basta fornecer por escrito informações pertinentes ao fato e sua autoria, indicando ainda o tempo e o local e elementos de convicção.

Ao tomar posse de tais dados o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, que é o único instrumento apto à propositura da ação penal, podendo também requerer o arquivamento do inquérito policial, podendo o Juiz aceitar ou recusar, não restam dúvidas que para o Ministério Público pedir o arquivamento do inquérito policial deve estar convencido da descriminalização do fato.

Como explica Prado (2010) sendo a ação penal pública incondicionada, estarão dispensados quaisquer requisitos para sua promoção, o Ministério Público oferecerá a denuncia independente da representação da vítima ou de requisição do Ministério da Justiça. É irrelevante mesmo a vontade contrária do ofendido, ou de quem quer que seja.

Portanto, o critério para classificar a ação penal como pública incondicionada é a determinação legal, bastando uma análise da lei penal para estabelecer o legitimado para a propositura da ação.

2.2.2 Ação penal pública condicionada

A ação pública condicionada é aquela em que a iniciativa do Ministério Público depende da manifestação de vontade externada pela vítima conhecida como representação, ou pelo Ministério da Justiça, sendo esta a requisição, no sentido de iniciar a ação penal.

Vale ressaltar que quem promove a ação penal nesses casos ainda é o Ministério Público, através da denúncia, portanto tal ação não perde sua natureza pública por ser subordinada àquelas ações.

Segundo Queiroz a sua visão de ação penal pública condicionada é:

Na ação pública condicionada, a investigação da infração penal ela autoridade policial e a propositura da ação penal pelo Ministério público depende do implemento de uma condição indispensável: a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, que deverá manifestar claramente seu interesse em ver apurado o fato e processado o seu autor por meio de uma representação ou requisição do Ministério da Justiça. (QUEIROZ, 2009, p. 419).

A ação penal pública condicionada também deverá ser proposta pelo membro do Ministério Público, há necessidade de estarem presentes alguns requisitos, ou a representação do ofendido ou a requisição do ministro da Justiça. Luiz Regis Prado descreve como é feito esta representação do ofendido e a requisição do ministro da Justiça:

A representação é o ato que compete ao ofendido ou a seu representante legal, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal. Se o ofendido não manifesta sua vontade, não poderá o Ministério Público iniciar a ação penal; nem mesmo o inquérito policial, que é procedimento preparatório da ação penal, poderá ser instaurado (art. 5º, § 4º, CPP). (PRADO, 2005, p. 815).

Como demonstrado no tópico anterior, a própria legislação determinará se será necessária a representação da vítima, para que se inicie a ação penal, determinação que está presente no artigo 24 do Código de Processo Penal e no artigo 100, §1º do Código Penal.

Com isso fica explícito que a própria legislação penal irá determinar quando necessário tais requisitos para a propositura da ação penal pública condicionada. Grinover (2005 p. 275) conceitua da seguinte forma: “Condicionada, nos casos em que embora a titularidade da ação seja do Ministério Público, dispositivos legais específicos condicionam o exercício desta à representação do ofendido [...]”.

Após tal análise podemos dizer que ação penal pública condicionada é aquela que exige a representação do ofendido para que o Ministério Público possa iniciar os “trabalhos”, oferecendo a denúncia, sendo que a Lei especificará quando necessário tais requisitos.

Se eventualmente o ofendido for incapaz e não dispuser de representante legal o juiz nomeará curador especial para representá-lo, o mesmo acontece se houver conflito de interesses do ofendido e seu representante legal.

2.2.3 Ação penal privada subsidiária da pública

Como já foi dito nos tópicos anteriores, o legitimado para a propositura da ação penal é o Ministério Público, entretanto quando tal órgão não a propõe no prazo legal, poderá então o ofendido ou seu representante legal dar início à ação penal, mediante a propositura de uma queixa-crime.

Tal direito encontra-se assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º inciso LIX da Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.”

A citada queixa-crime deve ser oferecida dentro do prazo de seis meses, contado a partir do momento que ocorreu o fim do prazo da propositura por parte do Ministério Público.

Tal ação tem cabimento diante da inércia do *Parquet*, não intentando a ação do prazo legal, mas tal omissão não exclui a participação do Ministério Público no decorrer da ação, pois este deverá participar de todos os atos processuais, podendo inclusive repudiá-la, aditá-la ou apresentar denúncia substituta.

Mirabete conceitua de forma clara a ação penal privada subsidiária da pública, tendo como fundamento determinações constitucionais:

A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crime de ação pública, se o Ministério Público não oferecer Denúncia no prazo legal (art. 100, § 3º do CP, e art. 29 do CPP). Essa Ação Subsidiária da Ação Publica passou a constituir garantia constitucional com nova carta magna (art. 5º, LIX), em consonância, alias, com o principio de que a lei não pode excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º XXXV). Atende-se ao inderrogável principio democrático do processo a participação do ofendido na persecução penal. (MIRABETE, 2001, p. 123).

Porém deve ser observada a seguinte peculiaridade, se o Ministério Público for favorável ao recebimento ou apenas aditar a queixa-crime, este passará a atuar no processo como assistente litisconsorcial.

Portanto, a ação privada subsidiária da pública é aquela que poderá ser proposta pelo ofendido ou seu representante, mediante apresentação de queixa-crime quando o Ministério Público não a apresentar no prazo estabelecido em lei.

2.2.4 Ação penal privada personalíssima

A ação penal personalíssima, como a própria nomenclatura sugere, é aquela que só poderá ser proposta pelo ofendido, sendo assim não é permitido que nenhuma outra pessoa possa fazê-lo, tal exclusividade não pode cessar nem mesmo com a morte, não sendo transferível nem por sucessão, nem por incapacidade. Cezar Roberto Bitencourt explica quais os critérios utilizados pelo legislador para que esta espécie de ação penal possa ser proposta somente pelo ofendido:

Referida espécie de ação inspira-se em imperativos de foro íntimo e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, que o ofendido prefere afastar do *Strepitus Fori*, evitando a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria; por isso o Estado permite a subordinação do interesse público ao particular. (BITENCOURT, 2004, p. 757).

Ação penal de iniciativa privada é a ação deflagrada pelo ofendido, cabendo a este a responsabilidade de promovê-la. Contudo o *ius puniendi* ainda está a cargo do Estado, que apenas concede ao indivíduo a titularidade para efetuar o *ius perseguendi* em juízo.

São crimes de ação penal privada entre outros a calúnia (observando as restrições do art. 145 do CP) a fraude à execução, sendo esta a letra do art. 179 do Código Penal Brasileiro.

A ação penal privada será promovida pelo ofendido ou por seu representante legal, a ação será intentada através de queixa que deverá conter a exemplo da denúncia, a exposição do fato criminoso, assim como suas circunstâncias, a qualificação do querelado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Neste sentido Paulo Queiroz destaca que “na ação penal privada, diferente da ação penal pública, vigora o princípio da disponibilidade, de modo que ao seu titular é dado a qualquer tempo renunciar, perdoar, desistir da queixa, etc.” (QUEIROZ, 2009, p. 421).

É certo que, havendo um crime, surge a pretensão punitiva estatal, porém ao critério para se saber se o Estado vai ou não exercer sua força punitiva depende exclusivamente do maior interessado, no caso o ofendido.

3 DA DISCUÇÃO SOBRE A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

3.1 Da ação penal antes da Lei 12.015/09

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, provocou profundas reformas no Título VI da Parte Especial do Código Penal, na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A natureza da ação penal, como regra na antiga redação do artigo 225 do Código Penal, era privada, procedendo-se somente mediante queixa-crime ou ação penal pública condicionada à representação da vítima, ou dos seus representantes legais, se o sujeito passivo não pudesse prover as despesas do processo, sem privarem-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

Neste caso havia a possibilidade da retratação, pois uma vez oferecida a representação, a vítima ou seu representante legal, poderiam se retratar desde que o membro do *parquet* ainda não tive oferecido a denúncia.

A doutrina, à época, entendia que a intenção do Código em estabelecer como regra geral a ação penal privada para os crimes contra os costumes era a de evitar o que ficou conhecido como *streptus iudicci*, o “[...] escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal [...]” (OLIVEIRA, 2008, p. 116), com a finalidade de “[...] evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso [...]” (OLIVEIRA, 2008, p. 116).

Tinha-se a ação penal incondicionada em três situações:

a) Quando o delito fosse praticado com abuso do poder familiar, ou por quem faça as vezes dos pais, como o padrasto, tutor ou curador.

b) Quando, em decorrência da prática dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, a vítima sofre lesão corporal de natureza grave ou morte.

c) Se a vítima fosse pobre e não pudesse arcar com as custas do processo, a ação é penal pública incondicionada.

Portanto, sempre que tivesse violência real, seja lesão leve, grave ou morte, e passasse pelos exemplos citados acima, a ação penal seria pública incondicionada.

No mesmo sentido BITENCOURT (2007) diz que se houvesse ocorrência de lesão corporal grave ou a morte da vítima, a ação seria pública incondicionada, pois

o crime seria complexo. Foi esse posicionamento que o STF adotou em sua Súmula 608. Assim, havendo violência presumida ou grave ameaça, a ação penal era de iniciativa privada.

3.2 Da ação penal após o advento da Lei 12.015/09

Com o advento da Lei nº. 12.015/09 a ação apta a processar os crimes contra dignidade sexual é a ação penal de natureza pública condicionada à representação da vítima. Buscando essa previsão, o que o legislador tentou foi afastar a possibilidade do abandono da ação durante o curso, por parte da vítima do delito, impossibilitando que o agente pudesse ser punido.

Destarte, em maior apelo social, o legislador preferiu destacar a repulsa da sociedade e seu interesse precípuo em ver a resposta do Estado aplicada de forma concreta, e deixando de lado as questões de foro íntimo e familiar que envolvia a tutela do artigo antes da reforma.

Não mais existe a regra da ação penal privada nos crimes sexuais. A regra agora passa a ser, nos termos do artigo 225, “caput”, CP, a ação penal pública condicionada à representação. Em nenhuma hipótese a ação será privada exclusiva, somente subsistindo, por força de norma constitucional e de regras ordinárias gerais a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública em casos de inércia do Ministério Público (artigo 5º, LIX, CF c/c artigo 100, § 3º, CP c/c artigo 29, CPP).

Também estabelece o Parágrafo Único do artigo 225, CP, as exceções em que a ação penal será pública incondicionada. Isso ocorrerá quando:

- a) A vítima for menor de 18 anos;
- b) A vítima for “pessoa vulnerável”.

O primeiro caso é de fácil constatação e comprovação nos autos, satisfazendo-se com a prova da idade da vítima mediante juntada de documento hábil (Certidão de Nascimento).

Já com relação à segunda hipótese, a lei faz referência ao termo indefinido “pessoa vulnerável”.

A falta de uma definição legal segura da expressão em estudo produz certa insegurança jurídica. O conceito do que seja “pessoa vulnerável” deve ser inferido da análise conjunta dos dispositivos que compõem o Capítulo II, denominado “Dos crimes sexuais contra vulnerável”. Observando-se os dispositivos e especialmente o

artigo 217 – A e seu § 1º, CP, chega-se à conclusão de que o termo “pessoa vulnerável” corresponde aos antigos casos de “presunção de violência” outrora previstos no revogado artigo 224, “a”, “b” e “c”, CP.

Portanto, são “pessoas vulneráveis”:

- a) Os menores de 14 anos;
- b) Aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual;
- c) Aqueles que, por qualquer outra causa (diversa da etária ou mental), não podem oferecer resistência. Deste caso são exemplos pessoas com incapacidades físicas de mobilidade e fala, embora maiores e mentalmente sãs; pessoas idosas fisicamente incapacitadas e dependentes de terceiros, embora mentalmente sadias etc.

Como explica Eduardo Luiz Santos Cabette:

É de se observar que o caso dos menores de 14 anos gera certa redundância legal, já que a lei já estabelece a exceção para todos os menores de 18 anos, obviamente abrangendo os menores de 14 anos. No entanto, isso não prejudica nem dificulta a interpretação e aplicação da legislação. (CABETTE, 2010).

Pode-se concluir, portanto, que a ação penal nos crimes sexuais previstos no Título VI (Dos crimes contra a Dignidade Sexual), Capítulos I e II (Dos crimes contra a Liberdade Sexual e Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável), do Código Penal Brasileiro, será em regra pública condicionada e excepcionalmente pública incondicionada, somente quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável. Jamais a ação penal será privada exclusiva, somente se admitindo, em excepcional caso de inércia do Ministério Público, a ação penal privada subsidiária.

3.3 Das críticas à Lei que trata os crimes contra a dignidade sexual no que tange a ação penal

Ao analisarmos a abordagem usada pelo legislador e os motivos elencados, perceberemos, que tal justificativa para a mudança da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, passa pelo princípio da proteção deficiente.

A violação ao postulado da proporcionalidade ocorre tanto quando há excesso por força da ação estatal, quanto quando ocorre omissão por parte do ente público,

tutelando um bem jurídico de forma deficiente ou insuficiente, inclusive quando há ofensa a direitos fundamentais.

Fazendo uma abordagem do direito a partir da teoria da norma, o delito tipificado sob o *nomem iuris* “estupro” é elencado no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre o vocábulo “dignidade”, “no contexto normativo em que foi utilizado, deve ser compreendido em conformidade com o sentimento que lhe empresta a Constituição Federal” (MIRABETE, 2010, p. 384).

Portanto, a tutela que se presta à dignidade sexual da pessoa, deriva propriamente de um sobre-princípio senão o da dignidade da pessoa humana, como estado ideal de coisa a ser promovido pelo Estado Democrático de Direito.

No entanto, a proteção prestada pelo Legislador foi deficiente, pois com argüi o Procurador Geral da República na ADI nº. 4301 como os artigos 213 e 225 do Código Penal foram inovados, a persecução penal, tanto na forma simples quanto as modalidades qualificadas, passou a se viabilizar através de ação penal pública condicionada à representação, admitindo o caráter de incondicionada nos casos anteriormente expostos.

Assim, ainda que a omissão estatal seja parcial, no tocante a tutela dos direitos fundamentais, há violação da proibição de proteção deficiente e da dignidade da pessoa humana, vistos sob a ótica do postulado da proporcionalidade, porque há impedimento à persecução penal nos casos do delito de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte. Para reforçar tal pensamento, analisamos, então, os pressupostos para reconhecimento e aplicação do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No que tange à adequação, a ação penal condicionada, no caso em análise, não se presta a atingir os objetivos pretendidos, porque nos resultados lesão corporal grave ou morte (crimes de lesão corporal ou homicídio) a ação penal é pública incondicionada e o tratamento diferenciado dado pelo legislador, não se presta a atingir o interesse público em ver os crimes processados e seus agentes punidos, materializado pelo empecilho à persecução penal.

Por fim, pela ótica da proporcionalidade em sentido estrito, o artigo 225 do Código Penal que traz como regra a ação penal pública condicionada, procura tutelar a dignidade sexual das pessoas, mas fere o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente, conforme explicado a cima.

3.3.1 Da aplicação da nova Lei no tempo

Quando entrou em vigor a Lei 12.015/2009, ainda que o processo venha a iniciar-se em data posterior, pois o regime legal mais severo não retroage (irretroatividade das leis penais e processuais penais que restrinjam direitos fundamentais).

Os crimes praticados após agosto de 2009 seguem o sistema estabelecido pela Lei 12015/2009 e a nova redação do art. 225 do CP. Mas um problema irá surgir, como bem identificou Andrade Moreira:

[...] e os crimes praticados antes da Lei 12.015/09, cujo processo iniciou através de denúncia, mas sem prévia representação (logo, ação penal pública incondicionada) e que agora passaram a ser considerados de ação penal pública condicionada, como ficam? (MOREIRA, 2009).

Estamos diante de um típico caso de lei processual penal mais benigna e que deverá retroagir (retroatividade da lei processual penal que amplie a esfera de proteção constitucional), salvo se já houver trânsito em julgado, devendo o juiz ou tribunal suspender o andamento do processo, notificando a vítima ou representante legal, para que ofereça a representação, sob penal de extinção do processo e da punibilidade pela decadência.

Neste caso defende-se que o processo será suspenso, para que a vítima do delito ou seu representante legal venha ao processo manifestar a intenção de que o Ministério Público continue com a ação, como forma de prosseguibilidade, sob pena de extinção da punibilidade do agente, pela decadência.

Com isso outro problema surge envolvendo o prazo para que a vítima ou seu representante legal venha ao processo manifestar-se para que a ação prossiga.

O artigo 38 do Código de Processo Penal dispõe, *in verbis*:

Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. (BRASIL, 1941).

Como regra geral o Código de Processo Penal coloca o prazo de 6 (seis) meses.

Contudo, assegura a “Lei Maior”, em seu artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, a razoável duração do processo, e, a nosso sentir, o prazo de 6 (seis)

meses não parece um prazo razoável para o réu se levarmos em conta que a vítima ou seu representante legal vindo ao processo manifestar-se na intenção de que o Ministério Público continue com a ação, é somente causa de prosseguibilidade de uma ação que já está em curso e é suspensa somente para realização desse único ato.

Portanto, para alguns autores, mais razoável seria a aplicação, por analogia, já que é permitida pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal, do artigo 91, da Lei nº. 9.099 de 29 de setembro de 1995, que diz:

Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. (BRASIL, 1995).

A Lei nº. 9.099/95 traz o prazo de 30 (trinta) dias, sendo mais razoável do que suspender o processo pelo prazo de 6 (seis) meses, apenas para aguardar a manifestação da vítima ou de seu representante legal.

Tal dispositivo refere-se aos juizados especiais, tendo assim seu regimento pautado na alteração da ação penal nos crimes de lesão corporal leve ou culposa. Os crimes citados, antes de entrar em vigor a lei 9.099/95, eram de ação pública incondicionada, com tal mudança passaram a ser de ação pública condicionada a representação.

.Uma lição muito interessante sobre o tema é do autor Rômulo Andrade Moreira:

Destarte, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa não existe providência a ser tomada pelo Juiz de Direito, senão a marcha normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a nova disposição não aproveitaria ao réu: uma ação penal de iniciativa privada “é mais benéfica” (em tese) para o acusado que a ação penal pública, seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa). O mesmo raciocínio serve para aqueles casos em que o processo iniciou-se por denúncia (independentemente de representação) e a nova lei também não a exige. (MOREIRA, 2009).

Contudo, o pensamento em contrário ao uso da analogia deste dispositivo nos crimes contra a dignidade sexual, está cada vez mais crescente

A justificativa apresentada por estes autores se exprime muito bem nas palavras de Angelo Ansanelli:

Não podemos pensar em aplicar o exíguo prazo e trinta dias, para os crimes em tela. Se assim fosse, estaríamos equiparando delitos de menor potencial ofensivo, a crimes de monta, em que a vítima ou seus sucessores necessitam de mais tempo para tomar a decisão a respeito do prosseguimento ou não do feito. (ANSANELLI JÚNIOR, 2010).

Observando tal corrente, e considerando esta a mais correta, em virtude da mudança provocada pela Lei 12.015/09, em que os crimes passam ser de ação penal pública condicionada à representação, deve sim o juiz suspender o processo, e determinar que a vítima ou seus representantes legais, sejam intimados, para no prazo de seis meses, decidirem por dar ou não prosseguimento ao processo. Portanto, deve o juiz aguardar o prazo decadencial de seis meses, e, após o transcurso do mencionado prazo, extinguir a punibilidade pela decadência.

4 DA SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (BRASIL, 1984).

Antes de aprofundar no objeto desse artigo, convém estudar, brevemente, o conceito de súmula e seu processo de formação.

Existem dispositivos processuais, sob o título "Da Uniformização da Jurisprudência", que podem gerar súmulas, nos termos do Código de Processo Civil, artigos 476 a 479. Conforme Nelson Nery Júnior (2007, p. 788), a súmula é "[...] o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos e numerados".

É interessante ressaltar que as súmulas surgem em decorrência da interpretação de dispositivos normativos vigentes à época de sua formação. Dessa maneira, caso haja alterações substanciais em determinada norma, ocorre naturalmente a inaplicabilidade da súmula.

Em 1940 o legislador 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.

Tal opção era coerente com o sistema então aplicado. A violência sexual era considerada ofensa aos costumes, e não a pessoa ou à sua dignidade. A Lei visava preservar a tradição, os costumes sexuais, independente do grau de violência e os danos sofridos pelas vítimas. Era mais interessante à época, que o pai ou marido se mantivesse em silêncio, mesmo sabendo sobre tal violência, do que alardear na sociedade que sua filha ou esposa estivera sido violentada.

Como nos mostra Fausto Rodrigues de Lima:

Nesta sociedade, ao marido era permitido estupro sua esposa, em nome do débito conjugal. Se fosse estuprada por terceiro, a esposa se quer poderia oferecer queixa sem prévia autorização marital, porque era considerada incapaz, conforme o art. 35 do Código de Processo Penal vigente na época. (LIMA, 2009).

Portanto, a ação penal privada não visava proteger a intimidade das vítimas, mas a de seus familiares, principalmente maridos, pais, etc.

Devido a mudança de conceitos foi editada em 1984, tal súmula em questão, valendo-se da política criminal, cuja finalidade (na época), era a proteção da mulher, que embora estuprada com violência, via-se constrangida em registrar a ocorrência, preferindo calar-se a assumir que foi alvejada por tão repulsiva prática criminosa.

Com a edição da Súmula 608 o Supremo Tribunal Federal confirmou sua posição de que o artigo 101 do CP deve prevalecer sobre o artigo 225, ou seja, havendo violência real no crime de estupro, a lesão corporal leve, estaria dando condições ao *MP*, para que ajuizasse a ação penal, *in casu*, pública incondicionada, ante a, irrestrita, aplicabilidade da súmula em apreço.

Neste momento já se tutelava a proteção à dignidade sexual da mulher, visando proteger também a sociedade tal Súmula, veio muito bem a calhar, pois sua manutenção até agosto de 2009 vinha sendo cada vez mais difundida.

Diante da reforma ao Código Penal, proferida pela Lei 12.015 de sete de agosto de 2009, cresceu então a discussão em volta da manutenção ou não da referida Súmula.

Em que pese a clareza da Súmula, divergências há em relação a sua aplicabilidade, discutindo a doutrina, se a ação penal, nos crimes de estupro com violência real é pública incondicionada ou pública condicionada a representação da vítima ou seu representante legal.

Tradicionalmente, os autores, bem como a jurisprudência, vêm dando dupla interpretação quanto a aplicabilidade da Súmula 608 do STF ao crime de estupro praticados mediante violência real. Vejamos.

a) Primeira corrente: no crime de estupro, quando cometido com violência real (vias de fato ou lesão corporal leve), aplica-se a Súmula 608 do STF, plenamente em vigor. Os adeptos desta corrente utilizam-se do que dispõe o artigo 101 do Código Penal, parte geral, que se refere a ação penal no crime complexo, para justificar a aplicação da súmula supraliteralizada. Assim, praticado o crime de *estupro* mediante *violência real*, consistente, por exemplo, em lesão corporal leve, estar-se-ia diante de um crime complexo, autorizando o Ministério Público a intentar ação penal pública, justificada pelo crime componente em relação ao qual cabe denúncia (lesão corporal leve — art. 129, caput, do CP.).

b) Segunda corrente: para os adeptos desta corrente a ação penal no crime de estupro com violência real será sempre pública, porém, condicionada à

representação (salvo as exceções do parágrafo único do “novo” art. 225, do CP), vez que as lesões corporais leves e as vias de fato, seriam absorvidas pelo crime sexual praticado. Demais, o crime de estupro não é crime complexo, daí não se justificar a aplicação do art. 101 ao crime de estupro praticado com violência real, resultando, portanto, de flagrante impropriedade a Súmula 608 do STF.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, continuou entendendo, mesmo antes da lei 9.099 entrar em vigor, que o crime de estupro, quando praticado mediante violência, seria de ação penal pública incondicionada do HC 82.206: O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula 608 STF, que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave.

5 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, NA DEFESA DA MANUTENÇÃO DA SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 Do princípio da proporcionalidade

Não é distante dizer, que os princípios do direito passaram por grandes mudanças no que diz respeito a sua normatividade. Anteriormente, lidos somente como fontes de teor complementar para as Cartas Magnas, hoje se transforma em fundamentos para todo o sistema jurídico, na qualidade de princípios constitucionais, alcançando o ponto mais alto da escala normativa, considerando-se os princípios constitucionais a “norma das normas”.

Neste sentido Paulo Bonavides, explica que os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo a chave das interpretações constitucionais. Acrescenta ainda que “[...] afirmar que os princípios garantem unicamente a parte “organizativa” da Constituição, a estrutura e a competência dos órgãos constitucionais seria priva-lo de eficácia juridicamente vinculante para a proteção e a garantia dos indivíduos e dos seus grupos sociais [...]”. (BONAVIDES, 1993, p. 181).

O termo “proporcional” ganhou expressão especialmente no direito administrativo, e foi no século XIX que se teve a necessidade de aplicação do princípio em outros campos, tal como no direito processual, porém, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial, quando a jurisprudência e doutrina alemã, justificando o princípio com base na Lei Maior, que o mesmo ganhou status Constitucional. De acordo com Nelson Nery Júnior :

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.” (NERY JÚNIOR 1997, p. 148).

Nesse sentido, ensina Lênio Luiz Streck que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: uma de proteção positiva e outra de proteção contra as omissões estatais. No primeiro caso, a inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade decorre de excesso do Estado, quando atuar de forma desarrazoada e seu ato for desproporcional no sopesamento entre fins e meios. Já na segunda vertente, explica que “a inconstitucionalidade pode advir de

proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.” (STRECK, 2005, p. 180).

Portanto, o princípio da proporcionalidade estará presente sempre que dois direitos constitucionalmente assegurados supostamente colidirem, necessitando-se de um padrão apto a fazer com que o mais adequado possa subsistir, sendo que o correto nestes casos, seria resguardar o direito mais benéfico à sociedade, não prevalecendo o aspecto individualista do direito em detrimento de sua interpretação abrangente.

Contudo, haverá colisão de direitos fundamentais quando, analisado o caso concreto, o exercício pelo titular de um dos direitos em conflito impedir, restringir ou afetar o exercício do direito fundamental de outro, independentemente, porém, de se tratar de direitos idênticos, individuais ou não, bastando que impeça o exercício regular de um direito.

Sobre o princípio da proporcionalidade é interessante destacar o entendimento de Ingo Sarlet:

[...] o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação e direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). (SARLETE, 2005, p. 131-132).

O vínculo do legislador com os direitos fundamentais e seu dever de observá-los está diretamente ligado à consciência da importância do princípio da proporcionalidade do Direito Constitucional. Devido à evolução do constitucionalismo, os direitos fundamentais alcançaram um lugar de muito destaque nos últimos tempos. Nas constituições contemporâneas, há uma harmonização do interesse individual com o interesse da coletividade, estabelecendo limites aos direitos fundamentais.

Sabe-se que a norma penal, tem o dever de se ater à proteção dos bens constitucionalmente prescritos e socialmente relevantes, devendo sempre buscar a necessária e proporcional proteção a estes bens, sendo eles individuais ou coletivos, previstos na norma fundamental. Por isso, serão os direitos protegidos pela

Constituição (e tudo que os envolve), o objeto de estudo do princípio da proporcionalidade.

É interessante mencionar, que a doutrina tradicional faz a distinção entre uma concepção estrita e uma concepção ampla do princípio da proporcionalidade, na concepção estrita, com uma idéia mais simples, se preocupa tão somente em fazer uma adequação entre o delito e a pena aplicada; já numa concepção mais ampla, existe a real necessidade de examinar, os custos e benefícios da necessidade da intervenção punitiva.

O princípio da proporcionalidade, do modo que vem sendo trabalhado (ou deveria ser) pelos legisladores, orientado pelos ordenamento jurídico na gestão de vigências das liberdades ou autonomia pessoal. Autonomia esta, que constitui um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, “[...] o direito penal, enquanto restritivo de liberdade, só encontra legitimação para tal finalidade, se esta fosse gerar mais liberdade do que sacrifício, podendo o Estado exercer uma interferência na liberdade para fazê-la compatível com a liberdade alheia [...]” (buscando uma forma de otimizar o direito coletivo. (STRECK, 2008, p. 58).

Por fim, o princípio da proporcionalidade envolve, em relação ao meio empregado pelo legislador, os aspectos da necessidade e da adequação, ou seja, a finalidade de realizar, sob o interesse público, a medida adequada aos fins à que se visa concretizar.

5.1.1 Da Intimidade da vítima e a segurança coletiva

Com base no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o legislador optou por resguardar em seu “caput” os cinco direitos fundamentais básicos e, nos seus incisos, encontram-se os seus desdobramentos.

De acordo com o próprio “*caput*” do artigo 5º, o direito à segurança é um direito fundamental e inviolável, sendo resguardado, portanto, a todo e qualquer indivíduo, conforme garantia constitucional:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (BRASIL, 1988).

Em relação à segurança, deve-se considerar que é um direito de personalidade, inerente à necessidade de se desenvolverem as atividades por onde se expressa o modo de ser de cada um no mundo, sem que elas venham a ser objeto da arbitrária interferência de quem quer que seja.

Com base no mesmo artigo 5º, em seu inciso X, o legislador também traz o seguinte direito fundamental:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (BRASIL, 1988).

Portanto, direito à intimidade e à vida privada, embora não tenham sido vistos com grande simpatia ou despertado interesse de grande parte dos juristas no início de seu surgimento, ganhou força ao ser reconhecido pela Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

E, ainda que tal direito deva ser respeitado, vale ressaltar as palavras que José Adércio Leite Sampaio, citado por Thatiane Ferreira Fedato e Ariane Ragni Scardazzi Silva,(2010) “O direito ao respeito da vida privada também compreende em princípio a liberdade de relações entre os dois sexos, desde que consentidas por uma vontade livre e consciente”.

Ou seja, o direito à intimidade não é absoluto, tendo em vista que encontram barreiras em outros direitos constitucionais, tal como no direito à segurança da coletividade.

5.1.2 Da omissão estatal

A omissão estatal evidenciada na Lei 12.015/09, fica compreendida pelas justificativas elucidadas pelo Ilustríssimo Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador Geral da República, na ADIn Nº. 4301.

A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos que da mais alta importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa. (SANTOS , ADIn nº.4301, 2009).

Segundo o Procurador Geral da República que interpôs a ADIn Nº. 4301, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, mesmo nas formas qualificadas, passou a ser pública condicionada à representação e por isso há violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Há a questão da proporcionalidade da interferência do Estado na vida das pessoas e invoca-se o princípio da Proibição da tutela deficiente, pois em referidos casos a ação penal não poderia ficar à mercê da vontade do ofendido ou de sua família, sendo situações de ingerência obrigatória. Discute-se, ainda, a falta de uma norma de transição, o que dificulta extremamente a aplicação do direito penal no tempo e pode levar a situações de injustiça e impunidade.

A ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça reforça ainda mais tal pensamento:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS COM VIOLÊNCIA REAL. FATO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. AÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO. I - Na linha da jurisprudência desta Corte, bem como do entendimento sumulado pelo c. Pretório Excelso, no crime de estupro, em que há violência real, a ação penal é pública incondicionada (Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal). (BAHIA, TJ. RHC 26455, Rel. Min. Félix Fischer, 2010.).

O professor Mirabete também é adepto deste pensamento, conforme trecho transcrito a seguir:

O equívoco do legislador exige, porém, que se recorra à norma contida no artigo 101 do Código Penal e à Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal para se admitir a ação penal pública incondicionada no crime de estupro quando da ocorrência dos resultados lesão grave ou morte e no caso de delito cometido mediante violência real. (MIRABETE, 2010, p. 425).

Assim, para muitos a Lei nº. 12.015 mostra-se lacunosa neste aspecto, sendo que atualmente a ação, mesmo para as formas qualificadas seria condicionada à representação, gerando uma tutela hipossuficiente do Estado, garantindo menos que deveria a proteção à dignidade humana, prevista no artigo 1º da Constituição Federal, especialmente da dignidade sexual e desrespeitando o princípio da proporcionalidade (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

5.2 Da discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.015/09, pautada no princípio da proporcionalidade

Pouco depois da entrada em vigor da Lei 12.025/09, o Procurador da República Arthur de Brito Gueiros Souza (2009), publicou artigo no qual manifestou sua preocupação com a mudança trazida pelo novo artigo 225 do Código Penal em relação ao crime de estupro qualificado.

A argüição de inconstitucionalidade se funda na suposta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação à proteção deficiente, contidos, respectivamente, no artigo 1º, III e artigo 5º, LIV, ambos da Constituição Federal.

Como nos explica Carolina Xavier Tassara:

Assevera que a nova disciplina legal afronta flagrantemente a dignidade sexual, parcela relevante do bem jurídico dignidade da pessoa humana, consagrado pelo Constituinte de 1988. Isso porque, ao exigir condição de procedibilidade antes inexistente para os processos em tramitação e em prazo exíguo, beneficiou o sujeito ativo do crime, ao mesmo passo que prejudicou o bem jurídico dignidade da pessoa humana da vítima. (TASSARA, 2010).

Analisando por esta ótica, fica claro que a alteração no dispositivo legal, teria causando um retrocesso ao bem jurídico em questão.

O Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade, reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo legal, que feria incondicionalmente o Princípio da Proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente, princípio este considerando um dos princípios aos quais estão plantados os basilares do paradigma do Estado Democrático de Direito, vejamos:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 – embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. (BRASIL, STF. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Marco Aurélio, 2006).

Fausto Rodrigues de Lima defende a inconstitucionalidade do dispositivo, se resguardando pelo princípio da proporcionalidade sob a ótica da proteção deficiente,

sendo o crime de estupro, um crime hediondo, não se poderia ficar a cargo da vítima toda a prossequibilidade de um crime tão jocoso. Assim afirma:

O novo art. 225, caput, é flagrantemente inconstitucional, pois protege insuficientemente as vítimas, afastando-se da jurisprudência constitucional já consagrada no país, como vimos no item anterior. Ora, o crime referido é hediondo, mesmo em sua forma simples, como previu a nova Lei (art. 1º, V, Lei 8072/90), reforçando sua reprovabilidade social. Não se concebe que crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e, equiparados pela Constituição à tortura e ao terrorismo (art. 5º, XLIII), dependam de autorização das vítimas para punição. (LIMA, 2009).

Dessa forma, sustenta Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) que a Lei 12.015/09, ao ter condicionado a atuação do MP à representação do ofendido nos casos de estupro qualificado, teria violado o princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção insuficiente, além da dignidade da pessoa humana.

Como a Procuradoria-Geral da República, ao adotar a representação de Arthur Gueiros, entendeu que somente haveria inconstitucionalidade no novo artigo 225 do Código Penal neste particular, foi requerida a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por morte ou lesão corporal grave. Ao se aplicar essa técnica, não há mutilação formal do texto. O que se altera é apenas o seu sentido, o que, no caso em tela, significaria restaurar a ação penal pública incondicionada para os referidos crimes.

Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) concluiu manifestando seu temor de que, caso não fosse logo enfrentada a questão, em breve haveria verdadeiro caos nas varas criminais e nos Tribunais nacionais, tanto em função da propositura de incontáveis *habeas corpus* em favor dos acusados de estupro qualificado, bem como pela provável dificuldade de localização das vítimas desse crime ou de seus parentes a fim de se manifestar acerca do prosseguimento do processo.

5.3 Da manutenção da Súmula 608 STF

É de suma importância destacar, que a Suprema Corte não se manifestou até o momento, sobre a manutenção ou não da referida Súmula, visto que houveram profundas mudanças no âmbito da ação penal nos agora chamados “crimes contra a dignidade sexual”. Vale frisar que o Legislador foi feliz em algumas mudanças realizadas com o advento da Lei 12.015/09, contudo, o direito é feito de

questionamentos para se chegar em um entendimento plausível. Sendo as possibilidades de discussões que se encontra a beleza do Direito.

Resta então nos apoiarmos em doutrinadores ao fundamentar nossos pensamentos, pois estes, sem sombra de dúvidas estão em um patamar além, no que tange discussões, da complexidade do assunto abordado.

Ao abordarmos o foco desta discussão, iremos nos deparar com posicionamentos diversos e muito bem fundamentados, mesmo que estes sejam contra o manutenção da tão discutida Súmula 608 do STF. Vejamos as palavras de Thiago André Pierobom de Ávila, no que tange a revogação da referida Súmula:

Imaginar que ainda está em vigor a Súmula n. 608 do STF seria incorrer em um duplo erro. Primeiro, porque se a ação penal do estupro se condiciona à representação e, da mesma forma, os crimes meios (ameaça e lesão corporal simples) também são condicionados à representação, então não haveria sentido tornar incondicionada a ação penal do estupro apenas porque foram cometidos através desses crimes menores; na verdade, a referida Súmula foi editada na época em que o crime de lesão corporal simples era sujeito à ação penal pública incondicionada (antes da Lei nº 9.099/1995) e destinava-se a corrigir uma distorção da época, que era considerar o estupro com lesão corporal (que era incondicionada) sujeito à ação penal privada (que então era a regra para o estupro). Portanto, a interpretação original da Súmula n. 608 do STF foi guiada por razões de política criminal. Em segundo lugar, caso se entenda que o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal simples é de ação penal pública incondicionada, então não haveria nenhuma situação em que o estupro seria de ação penal pública condicionada à representação, interpretação que tornaria letra morta a nova disposição do art. 225, *caput*, do CP. Todavia, é princípio assente de hermenêutica jurídica que não pode haver uma interpretação que conduza à existência de letra morta na lei, se uma outra interpretação permite que haja sentido na disposição. Essas duas considerações permitem a conclusão certa de que, doravante, o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal, tão somente, desde que não se esteja diante de vítima menor de 18 anos ou incapaz, sujeitar-se-á à representação da vítima.(ÁVILA, 2009).

Em um pensamento antagônico, Fernando da Costa Tourinho Filho, nos elucida uma visão contrária a exposta acima:

E se da violência empregada resultar lesão corporal leve? A nosso sentir, há de prevalecer a Súmula 608 do STF. Fácil de entender: antes da Lei 12.015/2009, o crime de estupro era de ação penal privada ou pública condicionada se a vítima fosse pobre. Por outro lado, mesmo após a promulgação da Lei 9.099/95, cujo art. 88 transmudou a ação penal de pública incondicionada para condicionada nos crimes de lesões corporais leve e culposa, a referida Súmula continuou vigendo. E com razão: a Suprema Corte, ciente de que nos crimes de estupro normalmente da violência resulta lesão corporal leve, e querendo dar maior proteção às vítimas desses crimes, em geral meninas pobres, e até mesmo para evitar transações vergonhosas, elaborou a Súmula 608. Permitiu, inclusive, nos demais crimes sexuais, quando a vítima era pobre, que a representação pudesse ser feita pelos tios, avós ou até mesmo pela pessoa sob cujo teto convivesse. Fez mais: permitiu que prova da pobreza pudesse ser feita a qualquer momento, admitiu a pobreza presumida (caso de empregadas domésticas) e aboliu, quanto a esses crimes, o entendimento de não se

admitir a figura do Assistente da Acusação. Se assim é, com maior razão deve continuar o preceito sumular, uma vez que o crime de estupro passou a ser de ação pública condicionada. (TOURINHO FILHO, 2010).

Também, defendendo tal tese o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, manifesta-se em uma Apelação Criminal, como os seguintes preceitos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO TENTADO - VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA – SÚMULA 608 DO STF - OCORRÊNCIA DE LESÕES LEVES – IRRELEVÂNCIA PARA A DETERMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL - DECISÃO CASSADA - RECURSO PROVIDO. - O estupro praticado mediante violência real é crime de ação pública incondicionada, independentemente da existência de lesões corporais ou da natureza destas. (MINAS GERAIS TJ. AP 100240811959920011 MG 1.0024.08.119599-2/001(1). Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caíres, 2009).

É interessante ressaltar o posicionamento do membro do *Parquet*, e professor Dr. Ângelo Ânsanelli Júnior:

Firme nesse propósito de proteção da sociedade, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo a orientação da Súmula 608, como forma de tolher a atividade nefasta dos estupradores, vez que, deixando a titularidade da ação penal com o Ministério Público, este poderá agir independentemente de manifestação das vítimas, possibilitando maior proteção à sociedade. (ÂNSANELLI JÚNIOR, 2010).

Ao observarmos os posicionamento e jurisprudências citadas, é notável o motivo pelo qual, grandes doutrinadores não recepcionaram a alteração proferida pela inovação legal no que tange a ação penal no crime de estupro, sendo ele simples ou qualificado.

O crime de estupro praticado mediante grave ameaça, entende-se que a ação penal deverá ser deflagrada pela vítima, (como disposto na nova redação do art. 225 do Código Penal).

Entretanto, se o crime ocorrer de forma a apresentar violência, a ação penal defendida, seria a pública incondicionada a representação, mesmo que a violência empregada seja leve, evidência-se a desnecessidade de representação, pois no contrário, haveria uma facilidade muito grande do meliante prosseguir impune, mesmo causando tanta repulsa social.

Segundo Ansanelli Júnior. (2010), os estupradores serão levados por um sentimento de impunidade, a cometer seus crimes, com maior frequência, visto que a vítima, muitas vezes por medo ou vergonha, não representam contra seus algozes.

Como nos explica novamente Angelo Ansanelli Júnior:

Isso tudo evidencia que o crime de estupro praticado com lesões leves, que é o mais freqüente, merece maior reprovação, a fim de evitar a intranqüilidade social e a impunidade dos autores de referidos (e horrendos) crimes. (ANSANELLI JÚNIOR, 2010).

Um questionamento interessante, seria um caso em que: uma mulher teria sido estuprada, e tal ato ocasionasse a morte da vítima, tendo esta mulher somente a companhia de seu filho menor, não podendo este lhe representar, qual seria o meio legal para que se iniciasse uma ação penal, que culminaria na denúncia do estuprador? A cargo de quem se não do Ministério público ficaria a missão de proteção tanto da vítima quanto da sociedade?

Diante do questionamento acima, se voltarmos nosso pensamento para a Lei 12.015/09, no que tange a ação penal do crime supracitado, o agente ficaria impune, livre para praticar este crime tão repugnante, que na grande maioria das vezes é impossível de flagrar o estuprador cometendo o crime, ficando a cargo da vítima ou seu representante, a iniciativa da prisão do agente de um crime tão repulsivo.

Fazendo uma abordagem do direito a partir da teoria da norma, o delito tipificado sob o *nomem júris* “estupro” é elencado no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre o vocábulo “dignidade”, “*no contexto normativo em que foi utilizado, deve ser compreendido em conformidade com o sentimento que lhe empresta a Constituição Federal*” (MIRABETE, 2010, p. 384).

Portanto, a tutela que se presta à dignidade sexual da pessoa, deriva propriamente de um sobre-princípio senão o da dignidade da pessoa humana, como estado ideal de coisa a ser promovido pelo Estado Democrático de Direito. Tal disposição é constada do artigo 1º, III da “Lei Maior”, e assim sendo, como estado ideal de coisa a ser promovida, a norma princípio que apresenta a dignidade da pessoa humana, não descreve uma conduta, mas aponta um estado ideal a ser alcançado pela norma regra, editada pelo Legislador.

Neste diapasão, quis o legislador observar, primeiramente, o sobre-princípio do Estado da dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente, do que o da dignidade sexual da pessoa.

No entanto, a proteção prestada pelo Legislador foi deficiente, pois com argüi o Procurador Geral da República na ADI nº. 4301 como os artigos 213 e 225 do Código Penal foram inovados, a persecução penal, tanto na forma simples quanto modalidades qualificadas, passou a se viabilizar através de ação penal pública

condicionada à representação, admitindo o caráter de incondicionada nos casos anteriormente expostos.

Acontece que, quando o delito de estupro é qualificado tanto pela lesão corporal grave ou pela morte, ele passa a possuir as características do crime complexo disposto no artigo 101 do Código Penal, porque há fusão de duas figuras típicas, quais sejam os crimes de lesão corporal e homicídio, respectivamente.

No caso da lesão corporal grave ou do crime de homicídio, a natureza da ação penal que viabiliza a persecução penal é pública incondicionada, conforme regra do artigo 100 do Código Penal. Portanto, trata-se de crime complexo, de acordo com a regra do artigo 101 do Diploma repressivo. Nesse sentido, sobre a eficácia da Súmula 608 do STF e a aplicação do artigo 101 do Código Penal.

“incide, pois, o art. 101 do Código Penal, porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes. Exatamente por isso, não fosse a previsão legal expressa das circunstâncias qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem infrações autônomas.” (LOPES JUNIOR, 2009, p.86).

Portanto, neste sentido, como o delito de estupro é processado mediante ação penal pública condicionada, como regra, mas apresenta elementos típicos de um delito que é processado por ação pública incondicionada, operar-se-ia uma extensão de iniciativa pública para que o delito que inicialmente é processado por ação pública condicionada, diante do fato de crime complexo, seja processado por ação penal pública incondicionada.

Essa iniciativa possui o condão de suprir a tutela deficiente oportunizada pelo legislador, que veio de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição da proteção deficiente, vertente do postulado da proporcionalidade.

Contudo, entendemos que a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, ao contrário de muitos autores, ainda se deve, “pelo ou menos”, discutir a sua aplicação, posto que ao que “parece” é inconstitucional a exigência de representação nos crimes de dignidade sexual quando ocorre morte ou lesão grave.

Convém ressaltar que o STF não concedeu liminar na ADI 4301, o que confirma, ainda, a vigência do artigo 225 com nova redação pela lei nº. 12.015/09, cabendo, difusamente, a cada magistrado exercer tal controle, até final decisão e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Como afirmado anteriormente, o não posicionamento, dá aos juristas o direito (se não o dever) de discutir a vigência da norma em foco.

6 CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 indubitavelmente provocou grandes mudanças em nosso ordenamento jurídico penal. Algumas dessas alterações demonstram uma evolução legislativa, com a criação, a supressão e a modificação de tipos para se adaptarem ao tempo, ao contexto histórico social vivido atualmente no nosso país. Outras, contudo, configuram atraso e lapsos do legislador, trazendo mais divergências na comunidade jurídica, deixando, por vezes, lacunas a serem preenchidas.

É salutar dizer, que a intenção do legislador, embora tenha sido a de amparar e resguardar ainda mais direitos, em alguns aspectos, acabou fazendo o oposto e, até mesmo, comprometendo a possibilidade de punição do agente infrator, como exemplo, temos o sujeito passivo do crime que sofre o resultado morte e não deixa representante, o que impede o Ministério Público de mover a ação penal e buscar a resposta tão esperada pela sociedade na repressão desse tipo tão hostil de delito.

Com os estudos mais aprofundados sobre as mudanças implementadas pela nova lei, se discute a possibilidade de modificação ou declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos, culminando em sua revogação, a fim de resguardar a intenção legislativa ao promover as tão esperadas alterações, ou seja, proteger a sociedade e a vítima de tais delitos.

Importante ressaltar também, que o princípio da proporcionalidade tem a finalidade de fazer valer o direito mais necessário e importante em conflito, que neste caso, seria o direito de toda a sociedade, ou seja, a segurança coletiva, interpretando a norma de maneira a favorecer o interesse coletivo e não o individual, posto se encontrarem aparentemente em conflito.

Por fim, vale ressaltar que, embora a lei seja recente e suas interpretações diversas, surgiu em face das necessidades e modificações da sociedade, ou seja, visando amparar e resguardar sua aplicabilidade e concretização.

Portanto, não se pode admitir a liberdade e impunidade desses criminosos em nome de um ideal de privacidade e intimidade da vítima, bem como fechar os olhos para a maior probabilidade de reincidência dos infratores que cometem crimes de violência sexual, com a desculpa de que a persecução penal pode causar maiores prejuízos para a vítima.

O direito da sociedade em ver esses delinqüentes processados e longe do convívio social, em nome princípio da proporcionalidade, deve sobrepor-se ao interesse privado de intimidade da vítima.

Embora a ação penal possa realmente causar constrangimento à vítima, isso não é motivo suficiente para que o Estado lhe conceda a discricionariedade de buscar a punição ou não desses criminosos, tendo em vista que a periculosidade e repugnância dos crimes por ele perpetrados, por si só, embasam a necessidade da persecução criminal ser incondicionalmente delegada ao Estado que, como representante da coletividade, deve buscar a punição adequada desses criminosos.

REERÊNCIAS

ANDRADE MOREIRA, Rômulo. **Ação Penal nos Crimes Contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/09**. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 26 abr. 2009.

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **Aspectos controvertidos referentes ao crime de estupro, em face da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009**: Concurso material, ação penal e causa de aumento de pena. No prelo 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2278, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13589>>. Acesso em: 26 set. 2009.

BAHIA, Tribunal de Justiça. **Cuida-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por Raimundo Conceição de Souza, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia RHC 26455**. Rel. Min. Félix Fischer, 2010. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/rhc_26455.pdf. Acesso em: 12 mar. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal**. Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1v.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

BONAVIDES, Paulo. **Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993

BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8.ed. São Paulo: RIDEEL, 2010.

BRASIL. Código penal (1946). Código penal. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8.ed. São Paulo: RIDEEL, 2010

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8.ed. São Paulo: RIDEEL, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. ANGER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8.ed. São Paulo: RIDEEL, 2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**: O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Rel. Min. Marco Aurélio, 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761971/recurso-extraordinario-re-418376-ms-stf>. Acesso em: 09 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 820.406/RS**. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 05.03.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 19.03.2010;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608, de 17 de outubro de 1984**. www.stf.jus.br. Acesso em 19.10.2010

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Rufianismo, Favorecimento à Prostituição, Favorecimento à Prostituição de Vulnerável e artigo 244 – A do ECA. Os dilemas criados pela Lei 12.015/09**. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 25.03.2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41751>. Acesso em 25/03/2011.

FEDATO, Thatiane Ferreira; SILVA, Ariane Ragni Scardazzi. **Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: intimidade da vítima e segurança coletiva**, 2010. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2315/1810>. Acesso em 12/04/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
LIMA, Fausto Rodrigues de. O novo estupro na ótica constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2358, 15 dez. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14020>. Acesso em: 16 de agosto de 2010;

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. As inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível

em:<<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13534>>. Acesso em: 10 abr. 2010;

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>>. Acesso em: 20/03/2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **AP 100240811959920011 MG 1.0024.08.119599-2/001(1)**. Rel. Des. . Beatriz Pinheiro Caíres, 2009. Disponível em : <[http://tjmg.jus.br/AP 100240811959920011](http://tjmg.jus.br/AP_100240811959920011). acesso em 01 mar. 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial. 27. ed. São Paulo. Atlas, 2010;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**, 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 788

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

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 419p.

QUEIROZ, Paulo. **Ação Penal no atual Crime de Estupro**. Disponível em <<http://www.pauloqueiroz.net>.> Acesso em: 17 abr. 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Procuradoria geral da república. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4301 de 14 de setembro de 2009**. Brasília, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excessos e de insuficiência em matéria criminal. Porto Alegre: **Revista da Ajuris**, 2008. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF>. Acesso em 10/04/2011.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. **A inconstitucionalidade da lei 12.015/09: a nova redação do art. 225, do CP, e o Princípio da Proteção Deficiente**. 2009. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-violencia-contra-a-mulher/inconstitucionalidade_lei.pdf. Acesso em: 15 mai. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e bem jurídico**: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do código penal, 2005. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigolenio.doc. Acesso em 25/04/2011.

STRECK, Lenio Luiz; et. al. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

TASSARA, Caroline Xavier. **A ação penal nos crimes de estupro qualificado após a Lei 12.015 de 2009**. 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/carolinetassara.pdf. Acesso em: 11 mai. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Crimes Contra a Liberdade Sexual, em Face da Nova Lei**. Porto Alegre, 2009. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=617 . Acesso em: 14 mar. 2011.