

A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei n. 12.015/2009

Thiago André Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT, titular da 1ª Promotoria de Justiça Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Ceilândia, bem como Promotor-Coordenador de Ceilândia. É Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa e Professor de Direito Processual Penal da pós-graduação lato sensu da FESMPDFT.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Síntese das alterações relevantes. 2 Regramento da ação penal nos crimes contra os costumes antes do advento da Lei n. 12.015/2009. 3 Novas regras da Lei n. 12.015/2009 relativas à ação penal. 4 Regras de transição. Referências.

Introdução

A questão relativa à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual (antigos crimes contra os costumes) sempre foi controvertida.

O tema era antes tratado de forma fragmentária em diversos artigos do Código Penal. Com o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve uma tentativa de simplificação do tema. Todavia, considerando que ainda haverá várias dúvidas relativas às regras de transição, ainda é relevante compreender como o tema era tratado antes da referida alteração, como é o novo tratamento e como será a regra de transição.

1 Síntese das alterações relevantes

Em síntese, a reforma da Lei n. 12.015/2009 introduziu três alterações relevantes (para a análise do problema da espécie de ação penal no caso). Primeiro, a reforma revogou o dispositivo relativo ao crime de atentado violento ao pudor (antigo art. 214 do CP) e passou a disciplinar essa conduta de forma conjunta no mesmo dispositivo do estupro. Não houve *abolitio criminis*, pois as condutas

antes tipificadas no antigo art. 214 do CP como atentado violento ao pudor (v.g., coito anal, felação, beijo lascivo e outros atos libidinosos semelhantes) continuam tipificados como estupro no novo art. 213 do CP. A diferença é que agora um homem poderá ser formalmente vítima de estupro, nas modalidades antes indicadas. Em segundo lugar, também há alteração na regra do concurso material, pois, como anteriormente as condutas estavam disciplinadas em dois dispositivos separados, a jurisprudência admitia, no caso de conjunção carnal e coito anal na mesma circunstância de fato, o concurso material das condutas, com o somatório das penas; todavia, como atualmente ambas as condutas estão previstas no mesmo dispositivo legal, não mais será possível o concurso material de crimes, mas haverá um crime único, devendo a circunstância da realização de várias condutas correspondentes a vários núcleos verbais típicos ser avaliada na fixação da pena, exasperando-a. Finalmente, a reforma revogou a regra da presunção de violência do antigo art. 224 do CP, nas hipóteses de prática de relação sexual com menor de 14 anos, incapaz ou com quem não poderia oferecer resistência. Agora, ao invés de se realizar a combinação de dois dispositivos para se realizar a adequação típica (o art. 213 previa como crime a prática de relação sexual mediante violência e o antigo art. 224 presumia a violência nas hipóteses mencionadas), a nova legislação estabeleceu diretamente uma figura típica que incrimina a prática de relação sexual com menor de 14 anos, incapaz ou quem não pode oferecer resistência, sob o *nomen juris* de estupro de vulnerável (novo art. 217-A do CP), inclusive com pena mais elevada que a do estupro comum. Considerando que houve revogação do art. 224 do CP e a nova pena do crime de estupro de vulnerável já é mais elevada em relação ao tipo simples, fica tacitamente revogado o art. 9º da Lei nº 8.072/1990, que previa uma causa de aumento da pena de metade para as hipóteses de estupro cometido nas hipóteses do art. 224 do CP. Também houve a alteração das regras relativas à ação penal, que será vista adiante.

Os atuais crimes contra a dignidade sexual correspondem aos crimes de estupro (que abrange o antigo atentado violento ao pudor), violação sexual mediante fraude, assédio sexual, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição, previstos nos art. 213 a 218-B do CP.

2 Regramento da ação penal nos crimes contra os costumes antes do advento da Lei n. 12.015/2009¹

Antes da alteração legislativa, havia uma regra geral de que a ação penal em relação a tais delitos proceder-se-ia mediante queixa (art. 225, caput, CP). Entendia-se que a justificativa de o legislador entregar o *jus persequendi* in judicio nas mãos da vítima era uma questão de política criminal decorrente do constrangimento que o processo poderia gerar na vida da vítima (*streptus judicii*).

Todavia, o próprio legislador que estabelecia essa regra geral em relação aos crimes contra os costumes passou a estabelecer várias exceções, às quais a jurisprudência se encarregou de acrescentar outras, de sorte que o estudo dogmático da ação penal nos crimes contra os costumes se tornou verdadeira celeuma.

Dispunha o revogado art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º, CP, que, tratando-se de vítima pobre, a ação penal seria pública condicionada à representação.

Dispunha o revogado art. 225, § 1º, II, CP, que, tratando-se de crime cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal seria pública incondicionada.

Da mesma forma, em se tratando de crime contra os costumes, qualificado pelo resultado de lesão corporal grave ou morte (anteriormente previsto no art. 223, CP), a ação penal era pública incondicionada. Tratava-se de uma interpretação sistemática do antigo art. 225, eis que tal artigo dispunha que “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa”, e o delito capitulado no art. 223 estava dentro do mesmo capítulo, de sorte que não era alcançado pela norma de exceção, portanto, era alcançado pela regra geral estabelecida no art. 100 do CP, que é a da ação penal pública incondicionada.

Além dessas hipóteses de ação penal pública incondicionada, o Egrégio STF editou a Súmula nº 608, nos seguintes termos: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Por violência real entendia-se lesão corporal (ainda que simples). E, segundo tal entendimento, mesmo o advento da Lei nº 9.099/1995 não teria alterado a ação

¹ A presente análise já constava de nossa obra: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal*. 15. ed. Brasília: Vestcon, 2009, item 6.6.

penal pública incondicionada nessas hipóteses. Nesse sentido, ver decisão do STJ:

Ementa

Habeas corpus. Penal. Estupro com lesões corporais leves. Ação Penal Pública Incondicionada. Súmula nº 608/STF. Delito considerado hediondo. Impossibilidade de progressão de regime.

“O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas daquele, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/1995.”²

Vigência da Súmula nº 608, do STF.

Consoante entendimento recentemente adotado pelo Col. STF, secundado por julgados desta Corte, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos (art. 1º da Lei nº 8.072/1990), recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Hipótese dos autos em que incide a regra proibitiva da progressão de regime inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990.

Ordem denegada³.

O entendimento justificava-se no disposto no art. 101 do CP, segundo o qual, no crime complexo, se uma das elementares ou circunstâncias constituírem crime que por si só seja de ação penal pública, todo o delito complexo será de ação penal pública. Destarte, considerando que o delito de lesões corporais é de ação penal pública, caso o estupro seja praticado com violência física, deveria ser procedido por denúncia do Ministério Público.

Tal entendimento sofria críticas doutrinárias, porquanto o estupro não é tecnicamente um delito complexo, segundo o entendimento clássico de Antolisei, para o qual delito complexo é a reunião de dois outros delitos em uma nova figura. Haja vista tratar-se de uma lesão corporal ou ameaça mais a conjunção carnal, como essa última não é um crime, o estupro não seria um crime complexo⁴.

Também se criticava o entendimento pelo fato de o art. 101 ser uma norma geral e o art. 225, uma norma especial, de modo que, pelo princípio geral de hermenêutica,

² HC nº 7.910/PB. Relator Ministro Anselmo Santiago. DJ de 23/11/1998.

³ HC nº 21.423/SP. Reg. nº 2002/0036067-0. 5ª Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ 26/8/2002, p. 279.

⁴ JESUS, Damásio E. *Código Penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, art. 101.

a regra especial afastaria a aplicação da regra geral⁵. Todavia, considerando que se tratava de uma decisão do STF, cúpula do Judiciário brasileiro, tal entendimento sempre foi respeitado pelos demais órgãos judiciais.

Por violência real entendia-se não somente a lesão corporal leve, mas também a grave ameaça. Desde 1991, o STJ diferenciava a grave ameaça da violência física, entendendo que o estupro mediante grave ameaça seria de ação penal privada⁶.

Todavia, após 2000, houve alteração no entendimento do Tribunal, passando-se a entender que tanto a violência física quanto a grave ameaça (v.g., emprego de arma de fogo) justificava que a ação penal fosse considerada pública incondicionada. Conferir:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL. SÚMULA Nº 608-STF.

I – Na linha de precedentes desta Corte, a expressão violência real alcança a denominada violência moral (no caso, grave ameaça com emprego de arma), estando, aí, tão só excluída a violência presumida. Além do mais, o art. 101 do CP, na dicção predominante, alcança o estupro como crime complexo em sentido amplo.

II – Legitimidade do Parquet para a propositura da ação penal.

Recurso provido. (STJ, 5. T., REsp 479.679/PR, rel. Ministro Felix Fischer, j. 19/8/2003. DJ 15/9/2003, p. 353)

Recurso provido. (STJ, 5. T., REsp 479.679/PR, rel. Ministro Felix Fischer, j. 19/8/2003. DJ 15/9/2003, p. 353)⁷

Assim, segundo esse entendimento mais atual do STJ, o estupro cometido apenas com grave ameaça era considerado de ação penal pública incondicionada. Esse entendimento acabara reduzindo as hipóteses de crimes sujeitos à mera ação penal privada apenas ao estupro praticado mediante violência presumida. E isso se a vítima não fosse pobre, pois nessa situação a ação penal seria pública condicionada à representação.

⁵ BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: RT,

⁶ STJ, 6. T., REsp 1.195/PR, rel. Ministro Carlos Thibau, relatora para acórdão Ministro Costa Leite, j. 12/3/1991. DJ 1/04/1991, p. 3429.

⁷ No mesmo sentido: STJ, 5. T., HC 31.063/PE, relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 23/3/2004. DJ 24/5/2004, p. 308.

Todavia, deve-se registrar que esse entendimento dos Tribunais Superiores inclusive era objeto de alargamento por outros Tribunais. Registre-se decisão do TJDFT, que considerou que todo estupro contra menor de 18 anos deveria ser processado mediante ação penal pública incondicionada, pois haveria na hipótese um interesse público indisponível para a persecução penal, de sorte que o antigo art. 225 do CP, ao permitir ação penal privada para crimes praticados contra menores de 18 anos e incapazes, não teria sido recepcionado pela CF/1988⁸. Idêntico entendimento era sustentado por Rogério Schietti desde 2003⁹.

Finalmente, segundo o STF, no caso da violência presumida, o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro¹⁰. Todavia, se o agente acredita que a vítima possui mais de 14 anos, a situação configura erro de tipo, que exclui o dolo e, portanto, a tipicidade¹¹. Esse entendimento continuará ainda válido para o novo tipo penal do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), apenas não se utilizará mais a expressão violência presumida, pois agora incrimina-se diretamente a prática de ato sexual com menor de 14 anos.

3 Novas regras da Lei n. 12.015/2009 relativas à ação penal

A Lei n. 12.015/2009 deu nova redação ao art. 225 do CP, para estabelecer a seguinte regra geral nos crimes contra a dignidade sexual:

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

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

Pela nova redação, a regra seria a ação penal pública condicionada à representação, havendo ação penal pública incondicionada apenas nas hipóteses de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (hoje tipificadas como estupro

⁸ TJDFT, 1. T. Crim., HC 2009.00.2.009572-9, rel. Des. Mario Machado, j. 20/8/2009.

⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Processo penal pensado e aplicado. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 167-180.

¹⁰ STF. HC nº 94.818-9/MG. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJe 152/2008, de 14/8/2008, p. 85.

¹¹ STF. RHC nº 79.788/MG. 2ª T. Relator Ministro Nelson Jobim. J. 2/5/2000. DJ 17/8/2001, p. 52.

de vulnerável no art. 217-A do CP).

Assim, algumas questões permanecem não resolvidas, em especial, esclarecer-se qual será a ação penal quando o estupro for cometido com: ameaça, lesão corporal simples, lesão corporal grave, morte, ou lesão corporal em situação de violência doméstica. Em nossa visão, a solução para esse problema consistirá em se verificar qual é a ação penal para o crime abrangido pelo estupro, devendo o estupro ter a mesma forma de ação penal que o crime menor que ele abrange.

Nas hipóteses de estupro seguido de lesão corporal grave e morte, entendemos que, apesar da omissão legal, obviamente a ação penal deve ser considerada incondicionada. Não haveria sentido imaginar uma situação na qual a vítima do estupro é morta e ainda assim necessite-se de sua autorização para processar o autor do fato: obviamente, pela própria gravidade do delito, a ação penal deverá ser pública incondicionada. Qualquer outra interpretação seria inconstitucional por violação ao dever fundamental de proteção penal eficiente¹². Registre-se que o Procurador-Geral da República ajuizou a ADIN n. 4301 perante o STF, argumentando que fere o princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade condicionar à representação da vítima o delito de estupro seguido de lesão corporal grave ou morte, pois todos os demais delitos do Código Penal, quando qualificados por esses resultados, se procedem mediante ação penal pública incondicionada. Nessa situação, é necessário se utilizar da técnica da interpretação conforme a Constituição, para que se interprete que o novo art. 225, *caput*, do CP apenas será constitucional se for interpretado que o mesmo não se aplica às hipóteses de crime qualificado pela lesão grave ou morte (ou declarar inconstitucional sua aplicação a essas hipóteses, como defendem alguns).

Nas hipóteses de estupro praticado apenas com ameaça ou lesão corporal simples, de acordo com a nova regra do art. 225, *caput*, do CP, a ação penal será pública condicionada à representação. A reforma legislativa poderia ter incorporado o teor da Súmula n. 608 do STF, que prevê que o estupro quando praticado com violência real (antes entendida como lesão corporal simples ou

¹² Para uma visão do princípio da proteção penal eficiente e sua relação com o sistema de direitos fundamentais, em especial com a chamada proibição fundamental de insuficiência de proteção, ver: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, item 1.4.

ameaça) submeter-se-ia à ação penal pública incondicionada. Todavia, não o fez, ao contrário, previu uma regra geral de que o estupro será de ação penal pública condicionada à representação. 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. Nesse sentido é o entendimento de Nucci¹³.

Todavia, em sentido diverso, Greco ainda advoga que se mantém em vigor a Súmula n. 608 do STF para os delitos cometidos mediante lesão corporal simples, que deverão ser processados mediante ação penal pública incondicionada, restando a aplicação do novo dispositivo do art. 225, *caput*, do CP, apenas para os delitos praticados mediante grave ameaça, que se processarão mediante ação

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009, p. 68-69.

penal pública condicionada à representação¹⁴. Certamente esse tema merecerá uma uniformização pelos Tribunais Superiores.

A lei atual não mais prevê a hipótese de abuso do poder familiar, mas prevê diretamente que sendo a vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável a ação penal será pública incondicionada (mesmo que o crime seja praticado fora da relação familiar). Também há previsão de causa de aumento de pena de metade (art. 226, II, do CP) caso haja relação de parentesco com a vítima. Pessoa vulnerável deve ser entendida como aquela que é incapaz ou não pode pelas circunstâncias oferecer resistência (as hipóteses que anteriormente o art. 224 do CPP previa a violência presumida). Entendemos que todas as hipóteses antes previstas como abuso do poder familiar já estão englobadas com a nova regra de vítima menor de 18 anos.

Quanto à prática de estupro com lesão corporal em situação de violência doméstica, fora das hipóteses acima referidas (vítima menor de 18 anos, quando a ação penal será indiscutivelmente pública incondicionada), entendemos que a solução deverá ser a mesma dada ao crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, com as alterações processuais introduzidas pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) que estabelece em seu art. 41 que não se aplica a Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Há muita divergência quanto à interpretação do dispositivo, mas, em nosso entendimento, a ação penal do delito de lesão corporal doméstica contra a mulher deve ser pública incondicionada¹⁵, seja porque não se aplica o art. 88 da Lei n. 9.099/1995 (que estabelece que o crime de lesões corporais somente se procede mediante representação), seja porque o tipo do art. 129, § 9º, não é de lesão corporal simples, mas sim uma lesão corporal qualificada, seja, especialmente, porque há razões de política criminal que justificam se prescindir da vontade da vítima – em regra viciada pela pressão sociológica de uma sociedade machista que reluta em responsabilizar os homens que praticam atos de violência doméstica, acobertados pelo mito de que a responsabilização implica em retirar a “paz familiar”, o que

¹⁴ GRECO, Rogério. Adendo. Lei nº 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p. 23.

¹⁵ STJ, 6. T., HC 108.098/PE, rel. p/ ac. Min. Paulo Gallotti, j. 23/9/2008, DJU 3/8/2009. STJ, 6. T., REsp 1000222/DF, rel. Min. Jane Silva, (Des. convocada), j. 23/9/2008, DJe 24/11/2008. STJ, 6. T., HC 108.098/PE, rel. p/ ac. Min. Paulo Gallotti, j. 23/9/2008, DJe 3/8/2009. STJ, 6. T., HC 96.992/DF, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada), j. 12/8/2008, DJe 23/3/2009.

jamais permite a mudança de paradigmas.

Sobre o tema da lesão corporal doméstica contra a mulher, inicialmente a 6ª Turma do STJ tinha precedente por maioria entendendo ser uma lesão qualificada, sujeita à ação incondicionada. Todavia, após o afastamento da Ministra convocada Jane Silva, o entendimento seu alterou novamente, com um precedente dessa turma passando a entender que se trata de ação penal sujeita à representação¹⁶. Contudo, o entendimento da 5ª Turma do STJ é de que o delito em comento não necessita de representação, pois o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 afastou a aplicação da Lei n. 9.099/1995, inclusive de seu art. 88, que condicionava a lesão corporal à representação¹⁷.

A questão certamente deve ser uniformizada pela 3ª Seção do STJ.

Portanto, caso se conclua que a lesão corporal doméstica contra a mulher é delito de ação penal pública incondicionada (o que entendemos o mais correto), idêntica solução há de ser dada ao delito de estupro praticado com lesão corporal em situação de violência doméstica (v.g., estupro de companheiro, namorado etc). Essa situação é tão mais grave que o estupro comum que, inclusive, há uma causa de aumento da pena específica para a hipótese, prevista no art. 226, II, do CP.

A regra atual não mais prevê qualquer tipo de diferenciação se a vítima for pobre ou não.

Em síntese, o panorama da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual antes e após a Lei n. 12.015/2009 é a seguinte:

Hipótese	Regra antes da Lei n. 12.015/2009	Regra após a Lei n. 12.015/2009
com lesão corporal grave ou morte	APPI (art. 223, CP)	APPI (art. 213, §§ 1º e 2º, CP - interpretação à luz dos princípios fundamentais)
com abuso do pátrio poder	APPI (art. 225, § 1º, II, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - vítima menor de 18 anos)

¹⁶ STJ, 6. T., HC 113.608/MG, rel. p/ ac. Min. Celso Limongi (Des. convocado), j. 5/3/2009, DJU, 3/8/2009.

¹⁷ STJ, 5. T., HC 91.540/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19/2/2009, DJE 62 13/4/2009. STJ, 5. T., HC 130.000/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/8/2009, DJE 8/9/2009.

com violência física ou apenas com grave ameaça	APPI (Súmula nº 608, STF e STJ após 2000)	APPC (art. 225, caput, CP – é a regra geral, exceto se contra vítima vulnerável; interpretação sujeita à confirmação pelos Tribunais)
violência presumida e vítima pobre	APPC (art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - pessoa vulnerável)
violência presumida e vítima não-pobre	APPp (art. 225, caput, CP)	APPI (art. 225, parágrafo único, CP - pessoa vulnerável)

Legenda:

APPI – ação penal pública incondicionada

APPC – ação penal pública condicionada à representação

APPp – ação penal privada

4 Regras de transição

Cumpra agora analisar qual deverá ser a solução para os crimes praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, mas cujo processamento se dê já na vigência da nova legislação.

A alteração da espécie de ação penal é inegavelmente uma questão de direito penal material, pois se transformar um delito de ação penal privada em ação penal pública significa extinguir vários benefícios (como a decadência, renúncia, perempção e perdão aceito) que podem levar à extinção da punibilidade. Assim, apesar de terem feição processual (titularidade do direito de ação), possuem indissociáveis repercussões materiais e, por esse motivo, as normas que alteram a titularidade da ação penal devem ser consideradas normas híbridas, que se guiam em sua aplicação temporal segundo os critérios das normas penais materiais, ou seja, as normas penais materiais mais benéficas devem retroagir para beneficiar os fatos anteriores, e as normas penais mais gravosas apenas se aplicam aos fatos praticados após sua vigência.

Para os delitos de estupro, devem ser diferenciadas três situações:

HIPÓTESE A: em relação às hipóteses de estupro (ou o antigo atentado violento ao pudor) praticados antes da vigência na nova lei, mas com processo ainda em curso, que tenham sido praticados com lesão corporal grave, seguidos de morte, ou com abuso do pátrio poder, *não houve qualquer alteração* em relação à ação penal, de sorte que o critério de intertemporalidade deverá ser exclusivamente o do *quantum* da pena.

HIPÓTESE B: em relação aos delitos praticados com lesão corporal simples ou grave ameaça, caso se entenda que a nova legislação revogou o entendimento da Súmula n. 608 do STF (conforme fundamentação acima), percebe-se que, na verdade, a nova lei é *mais benéfica* no que tange à ação penal, pois antes os delito

HIPÓTESE C: finalmente, em relação aos delitos praticados com violência presumida, a nova lei é *mais gravosa* no que tange à ação penal, pois os transforma de delitos sujeitos à ação penal pública condicionada à representação (quando a vítima fosse pobre) ou à ação penal privada (quando a vítima não fosse pobre), todos em crimes de ação penal pública incondicionada.

Todavia, a questão da intertemporalidade não é tão simples, pois também deve levar em consideração o *quantum* da pena.

Segue um quadro comparativo das penas:

Situação	Delito	Pena anterior e Ação penal	Pena atual e Ação penal	Solução
1	Estupro simples	6-10 anos APPI	6-10anos APPC	Lei nova
2	Estupro com lesão grave	8-12 anos APPI	8-12anos APPC	Lei antiga
3	Estupro com morte	12-25 anos APPI	12-30 anos APPC	Lei antiga
4	Estupro simples em concurso material com atentado violento ao pudor simples	12-20 anos APPI	6-10 anos APPC	Lei nova
5	Estupro de menor de 14 anos com grave ameaça ou violência real (aplicava-se a causa de aumento de metade prevista na Lei n. 8.072/1990, art. 9º)	9-15 anos APPI	8-15 anos APPI	Lei nova
6	Estupro de menor de 14 anos sem grave ameaça ou violência real	6-10 anos APPC ou APPr	8-15 anos APPI	Lei antiga

7	Estupro de pessoa com deficiência mental ou que não pode oferecer resistência	6-10 anos APPC ou APPr	8-15 anos APPI	Lei antiga
---	---	---------------------------	----------------	------------

Nas situações 1, 4 (estupro simples, ou em concurso material com o antigo atentado violento ao pudor), sendo o crime praticado com violência real ou grave ameaça (hipótese B), a nova pena é idêntica (na hipótese do estupro simples) ou mesmo mais benéfica (na hipótese do concurso material) e a nova lei é mais benéfica quanto à ação penal (pública condicionada à representação). Nessa situação, deve ser aplicado por analogia o disposto no art. 91 da Lei n. 9.099/95 (uma regra de transição para situação idêntica de alteração da ação penal de incondicionada para condicionada), intimando-se a vítima para esclarecer se deseja representar, no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Caso o processo já esteja transitado em julgado, ficará obviamente prejudicada a referida diligência, devendo tão somente o juiz da execução penal, na hipótese de concurso material, proceder à redução da pena, atento à inexistência atual de concurso material (devendo o outro delito de atentado violento ao pudor ser utilizado como circunstância judicial para elevação da pena-base do estupro).

Todavia, na situação 1, há uma questão a se diferenciar: caso se esteja diante da causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, do CP (“se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”). É que nessa situação, antes o acréscimo de pena era de um quarto e agora passa a ser de metade. Portanto, a nova lei prevê uma pena mais grave que a lei antiga, sendo mais gravosa. Não pode o juiz aplicar uma parte da lei antiga (pena mais branda) e uma parte da lei nova (ação penal pública condicionada), pois nessa situação estar-se-ia criando uma terceira lei (*tercius legis*), que em nenhum momento foi a intenção do legislador. Ou se aplica a lei antiga na integralidade, ou a lei nova na integralidade. Considerando que a fixação da pena afeta de forma mais direta e gravosa o *jus libertatis*, entendemos que esse deve ser o critério preponderante para se avaliar qual lei é mais benéfica. Imagine-se a situação: o juiz intimaria a vítima para esclarecer se ela deseja representar, e se ela representar então ele entenderá que o crime é de ação penal pública incondicionada (?!). Ou se

a vítima não representar e o juiz arquivar com base na lei nova, se ela se retratar da retratação à representação ainda dentro do prazo decadencial de seis meses então o juiz deveria condenar na pena mais elevada da lei nova? De forma alguma. Assim, entendemos que na hipótese de estupro simples praticado com a causa de aumento de pena do art. 226, II, do CP, deverá continuar sendo aplicada a lei antiga, ou seja, a ação penal será pública incondicionada (Súmula n. 608 do STF) e o acréscimo da pena será de apenas um quarto. Entendemos que essa situação é certamente a mais polêmica da reforma e certamente demandará estudos doutrinários e uniformização jurisprudencial.

Nas situações 2, 3, 6 e 7, deve continuar sendo aplicada a lei antiga para os crimes praticados antes da vigência da nova lei, pois a lei antiga ou previa penas menos severas, ou penas idênticas e ação penal mais benéfica.

Registre-se que nas situações em que a lei nova não alterou nada (como na situação 2), deve-se aplicar a lei antiga pois o CP, art. 2º, parágrafo único, estabelece que a lei penal nova, se for mais benéfica, retroagirá para beneficiar o réu; assim, como a lei nova não é mais benéfica (é idêntica), não retroagirá, ainda se aplicando a lei anterior.

Finalmente, na hipótese 5 (estupro de menor de 14 anos praticado com violência real ou grave ameaça), deverá ser aplicada a lei nova mesmo aos crimes praticados antes de sua vigência, pois a nova pena mínima é mais benéfica ao réu. Quanto à essa situação, deve-se registrar que a questão sempre foi polêmica, com interpretações divergentes no âmbito do STJ. No entendimento unânime do STJ, se o estupro contra menor de 14 anos fora praticado sem violência real, não deveria ser aplicada a causa de aumento da pena, tendo em vista que o antigo art. 224 do CP já era usado para a adequação típica da conduta, e usá-lo novamente para exasperação da pena configuraria *bis in idem*¹⁸. Todavia, a Quinta Turma do STJ entendia que se houvesse prática de violência real ou grave ameaça, seria admissível a aplicação da causa de aumento de pena, o art. 224 do CP não teria

¹⁸ STJ, 5. T., EDcl no HC 114.828/CE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 5/2/2009, DJe 16/3/2009.

sido utilizado para a adequação típica¹⁹. Todavia, em sentido contrário, a Sexta Turma do STJ entendia que apenas seria possível aplicar a causa de aumento da pena referida se houvesse lesão corporal grave ou morte²⁰. Pessoalmente, entendemos muito mais lógica a posição da Quinta Turma, pois no caso de estupro em desfavor de menor de 14 anos praticado com violência real ou grave ameaça, não era necessário utilizar o art. 224 do CP para se completar a adequação típica, com a finalidade de se presumir a violência, pois a violência já estava efetivamente comprovada, de sorte que a utilização desse dispositivo para se aplicar a causa de aumento da pena não configurava *bis in idem*. Obviamente, a conclusão constante do quadro supra (de que a lei antiga era mais severa) apenas será válida caso se considere como acertado o antigo posicionamento da Quinta Turma do STJ (que aplicava a causa de aumento de pena na hipótese de violência real ou grave ameaça).

Como dito no início, a questão da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual ainda renderá muitas discussões. Espera-se que seja em breve objeto de uniformização por parte dos Tribunais Superiores.

¹⁹ STJ, 5. T., HC 111.647/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 6/11/2008, DJe 1/12/2008. STJ, 5. T., REsp 667.450/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/8/2006, DJ 25/9/2006, p. 301.

²⁰ STJ, 6. T., HC 49.264/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18/4/2006, DJ 5/6/2006, p. 322. STJ, HC 49.274/MS, rel. Min. Paulo Medina, j. 30/11/2006, DJ 26/2/2007, p. 645.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal*. 15. ed. Brasília: Vestcon, 2009.

_____. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT, Cezar R. *Código Penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Processo penal pensado e aplicado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GRECO, Rogério. *Adendo. Lei nº 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual*. Niterói: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. *Código Penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 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.