

Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09

Rômulo de Andrade Moreira

A recente Lei nº. 12.015/2009 alterou substancialmente o Título VII da Parte Especial do Código Penal, além de modificar também a Lei dos Crimes Hediondos e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste trabalho vamos nos ater apenas às consequências desta alteração no que diz respeito ao exercício da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, inseridos nos "Crimes Contra a Dignidade Sexual". Como se sabe, antes da alteração legislativa, em tais delitos, a ação penal era, em regra, de iniciativa privada, com apenas quatro exceções:

a) se o delito era praticado com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (ação penal pública incondicionada);

b) se resultava, da violência empregada, lesão corporal grave ou morte (também ação penal pública incondicionada);

c) se a ofendida ou seus pais não podiam custear as despesas de um processo penal sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (ação penal pública condicionada à representação).

d) se resultasse lesão corporal leve, aplicava-se o Enunciado 608 da súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada." Este preceito sumular, aliás, não sofreu qualquer alteração com o surgimento do art. 88 da Lei nº. 9.099/95, segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 73.994-6 e HC 74.734-5) e pelo Superior Tribunal de Justiça:

"RESP 171426/MG; 1998/0026220-2. Fonte: DJ DATA:01/04/2002 PG:00227 – Relator: Min. VICENTE LEAL. O estupro absorve as lesões corporais leves decorrentes do constrangimento, ou da conjunção carnal, não havendo, pois, como separar estas, daquela, para se exigir a representação prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/95" (HC nº 7.910 - PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, in DJ de 23.11.1998). A Súmula 608, do Supremo Tribunal Federal não perdeu vitalidade com a edição da Lei nº 9.099, de 1995."

"HC 7910/PB; 1998/0063395-2. Fonte: DJ DATA:23/11/1998 - Relator: Min. ANSELMO SANTIAGO – 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 9.099/95."

"O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a incidência do art 225 do mesmo código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada". (STF- HC 73411/MG- Rel. Min. Maurício Correa- DJ Data 03.05.96).

Assim, com exceção destas quatro hipóteses, o exercício da ação penal dependeria sempre do oferecimento de queixa. A regra, portanto, era a ação penal de iniciativa privada. Agora, com a nova redação dada ao art. 225 do Código Penal, nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI (respectivamente, crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável: arts. 213 a 218-B) a ação penal é sempre pública condicionada à representação, salvo se a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável [01], quando, então, a ação penal será pública incondicionada.

Antes de avançarmos no tema, é importante relembrarmos que a representação é uma condição específica de procedibilidade imposta ao exercício da ação penal em relação a determinados delitos; é uma manifestação de vontade externada pelo ofendido (ou por quem legalmente o represente ou seu sucessor) no sentido que se proceda à persecutio criminis. Em regra, esta representação "consiste em declaração escrita ou oral, dirigida à autoridade policial, ou ao órgão do Ministério Público, ou ao Juiz", como afirmava Borges da Rosa [02]. Porém, a doutrina e a jurisprudência pátrias trataram de amenizar este rigor outrora exigido, a fim que a representação tivesse traços mais informais e, conseqüentemente, mais consentâneos com a realidade.

Assim, "a representação, quanto à formalidade, é figura processual que se reveste da maior simplicidade. Incorre, em relação à mesma qualquer rigor formal", e esta "dispensa do requisito das formalidades advém da circunstância de que a representação é instituída no interesse da vítima e não do acusado, daí a forma mais livre possível na sua elaboração." [03]

Cezar Roberto Bitencourt ensina que "a representação não exige qualquer formalidade, podendo ser manifestada mediante petição escrita ou oral. A única exigência legal é que constitua manifestação inequívoca do ofendido de promover a persecução penal." [04]

Neste sentido, a jurisprudência é pacífica:

"O Boletim de Ocorrência assinado por delegado de polícia, é documento hábil e vale como representação, pois nele se tem consubstanciada a vontade do titular da representação quanto a instauração do inquérito e providências em relação ao fato delituoso e seu autor." (TJSP - Rev. - Rel. Goulart Sobrinho - RT 557/315).

"É legítima a atuação do Ministério Público se na polícia a vítima, em companhia do marido, deu parte do estupro que sofrera, conforme o BO, aliás, assinado pela vítima. Ademais, depois disso, o casal prestou declarações pormenorizadas sobre o estupro, em clara indicação de que representava para sua apuração e eventual punição." (TACRIM - SP - Rev. - Rel. Soares Pinto - JUTACRIM 73/36).

"A notitia criminis levada pela vítima ao conhecimento da autoridade policial e reduzida a termo vale por uma representação perfeita e acabada." (TJPE - AC - Rel. Thomas Pessoa - RT 353/386).

"STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 188.878 – RONDÔNIA (98/0068821-8) (DJU 29.10.01, SEÇÃO 1, P. 275, J. 09.05.01). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES – A representação exigida pela Lei nº 9.099/95 não tem forma sacramental. É suficiente que o ofendido demonstre o animus e movimentar a ação penal, como, por exemplo, nomear assistente a acusação para participar de todos os atos do processo. 3. Recurso não conhecido."

"STJ – HABEAS CORPUS Nº 20.401 – RJ (2002/0004648-6) (DJU 05.08.02, SEÇÃO 1, P. 414, J. 17.06.02) - RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES – Nos crimes de ação pública, condicionada à representação, esta independe de forma sacramental, bastando que fique demonstrada, como na espécie, a inequívoca intenção da vítima e/ou seu representante legal, nesta extensão, em processar o ofensor."

Aliás, este é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (RT 731/522; JSTF 233/390; RT 680/429). No julgamento do Habeas Corpus nº. 88843, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de concederem a ordem de ofício (para afastar qualquer impedimento contra a progressão do regime prisional em favor de um condenado por atentado violento ao pudor com violência presumida), negaram, no entanto, o pedido formulado pela defesa por entender "que, de acordo com diversos precedentes da Corte, o entendimento firmado no STF é de que não se deve exigir a observância rígida das regras quanto à representação, principalmente quando se trata de crimes dessa natureza", segundo o relator, Ministro Marco Aurélio."

Pois bem.

Como já foi dito acima, a nova redação dada ao art. 225 do Código Penal estabelece que nos crimes definidos nos arts. 213 a 218-B a ação penal passou a ser pública condicionada à representação (regra), salvo quando a vítima é menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, hipóteses em que a ação penal será pública incondicionada (exceção). Não há mais falar-se, portanto, em ação penal de iniciativa privada em tais crimes, salvo se subsidiária da pública (art. 29 do Código de Processo Penal c/c art. 5º. LIX, da Constituição Federal).

A questão que ora se impõe é a seguinte: como proceder em relação aos processos em trâmite, ainda pendentes de sentença transitada em julgado? Em outras palavras: o novo art. 225 retroage, atingindo os processos relativos a crimes praticados anteriormente à sua

vigência, ou, ao contrário, somente alcançará os feitos concernentes aos delitos praticados após a vigência da nova lei?

É cediço que há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (art. 2º., parágrafo único do Código Penal e art. 5º., XL da Constituição Federal) e a lei processual penal aplica-se imediatamente (art. 2º. do Código de Processo Penal: *tempus regit actum*). O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da nossa Carta Magna, tendo força vinculante, "no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos", como afirma Perez Luño [05], tendo também uma conotação imperativa, "porque dotada de carácter jurídico-positivo". [06]

Assim, à vista desses dois princípios, haveremos de analisar o disposto no art. 225 do Código Penal. Desde logo, urge que procuremos definir a natureza jurídica da norma contida neste dispositivo legal (não confundir lei com norma jurídica): seria ela de natureza processual ou mista? Se admitirmos tratar-se de norma puramente processual (formal), não há que se falar, obviamente, em retroatividade; porém, se aceitarmos que é norma processual penal material (ou mista), é possível a retroatividade.

Esta matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão. Com efeito, o jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que "está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais", adverte que dentro de uma visão de "hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroatividade da lei desfavorável e o da retroatividade da lei favorável." [07] Ele explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), "embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas." [08] Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann "destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais", o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur. [09]

Feitas tais considerações, lembra-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois "en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que "la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (grifo nosso) [10].

Ora, uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal em relação a alguns crimes tem um aspecto material, visto que o não oferecimento da representação acarretará a decadência e a extinção da punibilidade, matéria do Direito

Penal (art. 107 do Código Penal); mas, é também norma processual, pois é uma condição de procedibilidade da ação penal (art. 38 do Código de Processo Penal).

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.

O problema surge naqueles casos em que a ação penal era pública incondicionada (alíneas "a", "b" e "d" supra) e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, caput, Código Penal). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da persecutio criminis in judicio tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade). Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º. do Código Penal, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes.

Neste sentido, veja-se a lição de Carlos Maximiliano:

"Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material." [11]

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci:

"Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza." [12]

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

"Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual." [13]

Ressalva-se, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (lex nova que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º., parágrafo único do Código Penal [14].

Mutatis mutandis, enfrentando esta questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

"O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei." (STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – j. 18.06.2007 – DJU 28.08.2007, p. 01).

Mas, há ainda outro óbice a ser ultrapassado.

Qual o prazo para esta representação (agora uma verdadeira condição específica de "prosseguibilidade")? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da Lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91, in verbis: "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."

Com efeito, tratando-se de situações similares e havendo lacuna a ser suprida, afigura-se-nos possível o recurso à analogia para que possamos estender "a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos", na lição de Miguel Reale. [15]

Também a propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

"Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada facti species, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança." [16]

Concluindo:

Todo processo por tais delitos cuja ação penal iniciou-se por meio de queixa, nada a fazer; no entanto, se houve denúncia e não havia a necessidade de representação e agora passou a ter (art. 225, caput, CP), é preciso que se suspenda o curso do procedimento para que a vítima (ou seu representante legal ou seus sucessores) seja notificada para oferecê-la. Neste caso, o prazo para a representação, por analogia com o art. 91 da Lei nº. 9.099/95, será de trinta dias. Se o titular da representação, devidamente notificado, não o fizer, extingue-se a punibilidade pela decadência; se representar, o processo terá seguimento; se não for encontrado, aguarda-se o transcurso do prazo prescricional.

Notas

Para efeitos da lei, considera-se pessoa vulnerável a vítima "menor de catorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência".

Processo Penal Brasileiro, Vol. I, p. 169.

Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes, Geraldo Batista de Siqueira, p. 24.

Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 2002, p. 329.

Los Derechos Fundamentales, Madrid: Editora Tecnos, 1993, p. 67.

Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 62.

Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/220.

Ob, cit., p. 220.

Idem.

Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

Direito Intertemporal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1975, 124.

O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

Neste sentido, a lição de Ada e outros, Juizados Especiais Criminais, Ed. Revista dos Tribunais, p. 49.

Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. ed., 1991, p. 292.

Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo: Atlas, 2ª. ed., 1994, p. 300.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>

Acesso em: 18. agosto. 2009