

**UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
CAMPUS UMUARAMA – SEDE**

**A (I)LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS
CRIMES SEXUAIS**

FRANCISCO JOSÉ SOARES BARROSO

UMUARAMA - PR
2007

**UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
CAMPUS UMUARAMA – SEDE**

**A (I)LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS
CRIMES SEXUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Mestrado em Direito processual e Cidadania, área de concentração em Processo Penal, pela Universidade Paranaense – UNIPAR.

Professor Orientador: Dr. Mauro César Martins de Souza.

UMUARAMA - PR
2007

*À memória de minha mãe,
Oneide Soares Barroso,
e de minha inesquecível avó materna,
Joaquina de Menezes Soares Barroso.
Ao meu querido filho,
João Manuel da Silva Soares Barroso,
e à minha amada esposa,
Kátia da Silva Soares Barroso, presentes sempre
na força do meu pensamento e na ternura do meu
coração.*

AGRADECIMENTOS

Aos colegas de curso, pelo companheirismo e compartilhamento de idéias que enriqueceram o meu dia-a-dia.

Aos professores, que de uma forma ou de outra permitiram o início desta jornada.

Ao meu orientador, Professor Dr. Mauro César Martins de Souza, pela empatia e indispensável ajuda na elaboração desta obra.

Em especial à minha esposa Kátia da Silva Soares Barroso, pelo incentivo inicial à realização do mestrado e inestimável colaboração.

O tempo presente e o tempo passado
Estão ambos talvez presentes no tempo futuro
E o tempo futuro contido no tempo passado.
Se todo tempo é eternamente presente
Todo tempo é irredimível.
O que poderia ter sido é uma abstração
Que permanece, perpétua possibilidade,
Num mundo apenas de especulação.
O que poderia ter sido e o que foi
Convergem para um só fim, que é sempre presente.
(T.S. Eliot)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana; e como objetivos da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização e conseqüentemente redução das desigualdades sociais. O presente trabalho trata especialmente da disciplina do artigo 225, § 1º, inciso I, c.c. o seu § 2º, do Código Penal, referente à ação penal nos crimes contra os costumes, em confronto com a nova ordem constitucional, quando se revela violador do princípio da isonomia, em função do tratamento diferenciado dispensado às pessoas que tenham posses e aquelas desprovidas de recurso, quando vítimas de crimes contra os costumes. Para isto, analisa as funções institucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem assim a validade da Súmula 608 do STF, em razão da transformação da natureza da ação penal nos crimes de lesões corporais simples, que passou a ser pública condicionada à representação da vítima, após o advento da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Em função desse estudo, aponta a progressiva inconstitucionalidade do citado dispositivo do Código Penal, nos locais onde tenha sido criada e instalada a Defensoria Pública, com a conseqüente ilegitimidade do Ministério Público para oferecer denúncia nas ações penais referentes aos crimes sexuais quando a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção da família.

Palavras-chave: inconstitucionalidade progressiva; miserabilidade jurídica; crimes sexuais; crimes contra os costumes.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution, in its Article III, has as its fundamentals, among others, the citizenship and the dignity of the human being; and as the Republic objectives, the promotion of a free, fair and solicitous society, the eradication of poverty and marginalization and consequently the decrease of social inequalities. This paper focus upon the regulation of the Article 225, § 1st, section I and II from the Penal Code, referring to the lawsuit in crimes against the customs faced with the new constitutional order, when it turns out to be a violator of the isonomy principle, on account of the different treatment given to the wealthy people and the poor ones when they are victims of crimes against the customs. With this purpose, it analyses the institutional functions of the Brazilian Public Ministry and the Public Defender Legal Service, as well as the STF 608 Compendium, due to the transformation of the nature of the penal action on crimes of personal injuries, which, after the Law n. 9099, from September 26, 1995, turned out to be public and conditioned to the victim representation. These studies point out the progressive unconstitutionality of the mentioned device of the Penal Code, where a Public Defender Legal Service has been created and established with the consequent illegitimacy of the Brazilian Public Ministry to offer the denunciation on the penal actions related to sexual offenses when the victim or his/her parents cannot afford the process cost without abstaining from the essential resources for their family support.

Keywords: Progressive unconstitutionality, juridical miserability, sexual offenses; offenses against customs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 DOS CRIMES SEXUAIS	122
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	12
1.1.1 Os Códigos da Antiguidade	130
1.1.2 Os Códigos do Brasil	18
2 A LIBERDADE SEXUAL PROTEGIDA	30
2.1 A CARACTERÍSTICA DA TUTELA PENAL NOS CRIMES SEXUAIS	30
2.1.1 A Presunção de Violência.....	33
2.1.2 A Liberdade Sexual Atualmente.....	36
3 AS AÇÕES, A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO.....	44
3.1 AS AÇÕES.....	44
3.2 A DEFENSORIA PÚBLICA	55
3.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO - ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA	61
4 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS.....	69
5 A VÍTIMA E SEUS DIREITOS.....	77
6 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS	83
CONCLUSÕES.....	93
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana; e como objetivos da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização e consequentemente redução das desigualdades sociais. A consolidação deste objetivo vem direcionada na premissa que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF/1988, artigo 5º, inciso LXXIV).

O constituinte de 1988 complementou tais garantias estatuidando que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133), atribuindo à Defensoria Pública – como instituição essencial à função jurisdicional do Estado – a orientação e a defesa jurídica das pessoas necessitadas (insuficiência econômica), em todos os graus, prevendo a criação de Lei Complementar pelos entes políticos União, Estados e Distrito Federal que organizaria essa assistência, provendo os cargos públicos de defensores mediante concurso de provas e títulos (art. 134, §§ 1º e 2º).

O interesse em discutir o tema advém do fato de que, embora as Defensorias Públicas já tenham sido criadas em alguns estados, outros ainda se ressentem da sua ausência e, nesse vácuo legislativo, outros órgãos do estado, não vocacionados para o serviço, passam a assumir uma tarefa constitucionalmente preservada à Defensoria Pública.

Apenas para exemplificar, até pouquíssimo tempo o Estado de São Paulo não possuía Defensoria Pública, ficando a defesa dos hipossuficientes a cargo do serviço de assistência judiciária da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,

uma vez que a vítima, quando tem condições financeiras, pode constituir um advogado e custear as despesas do processo.

Usou-se deste preâmbulo para que fiquem claros os objetivos deste trabalho, ou seja, que nos crimes sexuais, a vítima hipossuficiente, valendo-se da Defensoria Pública, tenha os mesmos direitos assegurados a qualquer cidadão que possa pagar um advogado.

O presente trabalho trata, especialmente da disciplina do artigo 225, § 1º, inciso I, c.c. o seu § 2º, do Código Penal, referente à ação penal nos crimes contra os costumes, conjuntamente com o artigo 101 do mesmo Código, bem como visa examinar a aplicabilidade ou não da Súmula 608 do STF, ao crime de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos mediante violência real, consistente em lesão corporal leve, face à redação do artigo 88 da Lei federal nº 9.099 de 26/09/1995.

Também, conforme precedentemente mencionado, o fato da vítima valer-se da Defensoria Pública para ter os mesmos direitos assegurados a qualquer cidadão que possa pagar um advogado, não sofrendo as limitações impostas pelo artigo 225 do Código Penal Brasileiro relativamente à sua miserabilidade jurídica, senão o seu reconhecimento absoluto à ação penal privada, porquanto, como se sabe, quando a ação penal é iniciada mediante queixa, este fato não retira do querelante a possibilidade de desistir da ação ou do querelado valer-se da perempção; enquanto na ação penal iniciada mediante representação da vítima, no caso de miserabilidade jurídica a querelante possui unicamente o direito de retratar-se da representação oferecida ao Ministério Público e, ainda assim, até o oferecimento da denúncia, consoante dispõem o artigo 25 do Código de Processo Penal e o artigo 102 do Código Penal.

Com efeito, na ação penal privada a decisão de iniciar ou prosseguir com o processo, situa-se unicamente na esfera de conveniência do ofendido, e esse poder de dispor do conteúdo do processo por ser exercitado até o trânsito em julgado da sentença condenatória por meio do perdão ou da perempção nos termos do que dispõe o nosso Código de Processo Penal.

Aliado a isso, fazer despertar nos operadores do direito a importância da Defensoria Pública, como atividade essencial à função jurisdicional (artigo 134 da Constituição Federal de 1988), porquanto continua sendo reconhecida a legitimidade do Ministério Público nas ações penais privadas, nos casos em que a vítima seja juridicamente carente, mesmo nos estados onde haja Defensoria Pública organizada. Nesse sentido, busca-se a mudança de paradigma.

Saliente-se que no desenvolvimento deste estudo se buscará prioritariamente demonstrar a ilegitimidade ativa do Ministério Público para as ações penais privadas, unicamente nos Estados onde a Defensoria Pública tenha sido criada e estruturada na forma do já citado artigo 134 da Constituição Federal de 1988, uma vez que se instalada segundo o artigo constitucional que a criou, a ela compete garantir o princípio constitucional da igualdade com o acesso à Justiça e implementar uma política pública que priorize um atendimento de qualidade ao cidadão necessitado e que garanta condições efetivas ao exercício da cidadania e, dessa forma, apresentar a possibilidade da vítima de crimes sexuais em condição de pobreza, socorrer-se do Judiciário através dos seus órgãos de atuação, fazendo valer o seu direito à intimidade, mantendo em condições privadas sua honra e imagem, igualando-se àqueles que podem constituir advogado, não tendo, assim, um tratamento diverso nos referidos crimes.

1 DOS CRIMES SEXUAIS

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO

1.1.1 Os Códigos da Antiguidade

[...] Porém se algum homem achar uma mulher e a forçar e se deitar com ela, então morrerá; à mulher não farás nada: ela não tem culpa, pois a achou no campo, a mulher gritou e não houve quem a livrasse. (DEUTERONÔMIO 22:25-27).

É através da história da tipificação dos delitos e pela demonstração de como eram punidos os crimes contra os costumes, que o estupro e o atentado violento ao pudor sempre foram reprimidos conforme os costumes, etnias e origem de cada povo. No Brasil esses crimes foram arrolados nos “crimes hediondos” e normatizados pela Lei 8.072 de 1990, publicamente conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

Os crimes sexuais preocupam o ser humano desde os mais remotos tempos. No Código de Hamurábi, o estupro era definido no artigo 130 o qual previa que: “[...] se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”.¹

Na Lei de Moisés se um homem mantivesse relação com uma donzela e noiva dentro dos portões da cidade, eram ambos apedrejados até a morte, mas se o homem encontrasse essa mesma donzela fora dos portões da cidade e com ela praticasse o mesmo ato usando de violência física, somente o homem era

¹ CODIGO DE HAMURÁBI. Disponível em dji.com.br/dicionário/codigodehamurabi.htm

apedrejado, enquanto que na legislação norteadora do direito egípcio antigo a pena era a castração do estuprador.²

De acordo com Noronha, na Grécia se o delito fosse praticado somente uma vez, era imposta uma simples multa, porém mais tarde a legislação foi modificada e assim, cominada à pena de morte. Algumas *polis* tinham leis próprias, baseadas nos costumes locais. Mas na maioria das cidades gregas seguiam essa legislação.³

Os crimes dessa natureza foram descritos no Direito Penal Romano, base para o estudo do direito penal vigente no Brasil, por oferecer o ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos.

Cezar Roberto Bitencourt salienta que Roma é tida como a síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o mundo moderno⁴. Assinala o autor que na organização jurídica da Roma monárquica prevalecia o rígido e formalista Direito Consuetudinário⁵ e, de acordo com a história a Monarquia foi abolida em Roma depois de uma revolta dos Senadores motivada pelo estupro de Lucrecia, esposa de um senador, pelo filho do rei Tarquínio, “o soberbo”. Além da revolta do senado, esse crime levou Lucrecia ao suicídio.⁶

Dessa forma, pode-se argumentar que a distinção entre os crimes públicos e privados surgiu nos primeiros períodos da realeza romana, sendo a traição ou conspiração política contra o Estado e o assassinato classificados como

² BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio*: 22:25ss. Sociedade Bíblica do Brasil. Distrito Federal: Brasília, 1969.

³ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 214.

⁵ Conjunto de normas não escritas, mas conforme à boa razão, consagradas pelos usos e costumes tradicionais do povo e de longa data praticado e sem ofensa à lei e à ordem pública.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 214.

crimes públicos e os demais considerados como crimes privados. O julgamento dos crimes públicos, de atribuição do Estado, era realizado por tribunais especiais, através do magistrado e a pena aplicada era a pena de morte. Já os julgamentos dos crimes privados eram confiados ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado apenas para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao direito privado e não passavam de simples fontes de obrigação. O tempo fez surgir um conjunto de leis publicadas, que criaram a verdadeira tipologia de crimes, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos.⁷

Cezar Roberto Bitencourt afirma que o primeiro Código Romano escrito foi a Lei das XII Tábuas, contendo ainda as normas do talião e da composição, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei, segundo o autor, inicia o período dos diplomas legais, contribuindo de forma decisiva para a evolução do direito penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa ou dolo (*bonus* e *malus*), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa.⁸

Observa Noronha que na Roma antiga, a violência sexual era punida com a morte pela “lex julia de vi publica”, considerado crime abominável. De acordo com o autor, era considerado assim, por que se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente. Nesse mesmo período histórico a denominação estupro não era aplicada, pois era usada a palavra *stuprum* na referida lei que designava como crime a conjunção carnal ilícita com mulher virgem ou viúva honesta, mas tal conjunção não poderia ter violência.⁹

⁷ MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. São Paulo: Max Limonade.1998, 2 vl, p. 13.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 283.

⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

Seguindo o curso histórico do direito primitivo, o direito germânico contribuiu sobremaneira para a evolução do direito penal. Tanto que Regis Prado ensina que os germanos ocupavam, fora das fronteiras do Império Romano, uma extensa zona que se estendia ao leste do rio Reno e ao norte do Danúbio, até a região conhecida hoje como Rússia.¹⁰

Conforme o autor, o povo germânico era dividido em uma série de tribos, em geral nômades, cada qual com sua organização própria, unida ante um ancestral comum, sob liderança de um chefe de guerra escolhido em razão de sua bravura, num sistema conhecido por *comitatus*. A sociedade germânica da época era constituída por nobres, homens livres, semilivres e escravos, todos dominados pela concepção religiosa de que os deuses dirigiam o destino humano. Esse caráter religioso do direito primitivo, caracterizado pelos sacrifícios humanos, cedeu depois à proeminência do Estado, tutor da Paz, que para os germânicos era sinônimo de direito.¹¹

Julio Fabrini Mirabete cita que uma outra característica do direito bárbaro foi à ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. No processo, segundo ele, vigoravam as “ordálias” ou “juízos de Deus” (prova de água fervente, de ferro em brasa, etc.) e os duelos judiciais, com os quais se decidiam os litígios, “pessoalmente ou através de lutadores profissionais”.¹²

Para Enrico Ferri a característica mais importante do direito

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 1º ao 120 – 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I, p. 125.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 125.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral – 1º a 120 do CP*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997. v. I, p. 35.

germânico foi a progressiva prevalência da autoridade de Estado contra os direitos e os excessos privados da vingança, especialmente junto dos povos que, por um lado, tiveram mais fortemente organizado o poder monárquico e, por outro lado, mais sentiram e sofreram a influência das instituições romanas. Só muito mais tarde foi aplicado o Talião, por influência do Direito Romano e do Cristianismo.¹³

De acordo com o ensino de Nelson Hungria, o Direito Canônico surgido na transição entre a época do Direito Romano, Germânico e do Direito Moderno e com a influência decisiva do Cristianismo na legislação penal, ditava que para haver estupro, era necessário que a mulher fosse virgem, pois a mulher deflorada não poderia ser vítima deste crime, além disso, era exigido para a consumação do delito, o emprego de violência, ou seja, força física de qualquer espécie. Assim, a mulher já casada ou que já tivesse praticado ato sexual com homem caracterizando a conjunção carnal, não poderia ser sujeito passivo deste delito.¹⁴

Regis Prado explica que o Código Canônico determinava que se alcançava apenas o coito com mulher virgem e não casada, mas honesta era considerado *stuprum violentum de publica*, com a pena capital, onde se cortava a cabeça do indivíduo que cometesse tal crime, em praça pública. Então, uma prostituta não poderia alegar estupro, mesmo que fosse vítima de tal violência.¹⁵

Emerson Garcia nessa mesma linha de pensamento tece considerações sobre a legislação espanhola que também punia o réu com a pena de morte, que era chamada de *fuero viejo* (velha jurisdição) castigo com a pena capital e também poderia ser punido com a *declaracion de enemistad* (declaração de

¹³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 98.

¹⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. VIII, p. 115.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 198.

inimizade), ou seja, outorgava aos parentes da vítima o direito de matar o delinqüente.¹⁶

Nas leis da Inglaterra, de acordo com Heleno Cláudio Fragoso¹⁷, o crime, primeiramente foi punido com a morte, depois foi substituída pelo furo nos olhos que, obviamente deixava o infrator cego, exemplo claro retratado na lenda inglesa de Lady Godiva (século XI), e o corte dos testículos.

Conforme o ensino de Regis Prado o Direito Francês distinguiu o rapto violento e o estupro. Sendo o rapto “a subtração violenta de donzelas, mulher solteira ou casada e viúvas não importando a idade nem estado civil”. Para a efetivação deste crime era de vital importância que fosse contra a vontade delas e o fim deveria ser de abusá-las sexualmente. Assim, o estupro era definido que “deveria haver o emprego de força por parte do delinqüente contra a vítima tendo em vista a conjunção carnal”.¹⁸ Como se observa, o elemento que diferenciava o primeiro delito do segundo, era a remoção da vítima de um lugar para o outro.

Este era o entendimento anterior. Todavia o Código de 1940 fez uma completa distinção dos dois delitos, onde o rapto passou a ser a subtração de menor e a conjunção carnal ou o estupro nada mais teria em comum com este delito.

Para Nelson Hungria¹⁹ há um conjunto de legislação que, praticamente não se diverge entre si, como as da Suíça (Artigo 187), Polônia (Art. 204), Uruguai (Art. 272), Argentina (Art. 119), Peru (Art. 196), Espanha (Art. 431), Portugal (Art. 393), China (Art. 221), Itália (Art. 519, caput), Alemanha (§ 177) e

¹⁶ GARCIA, Emerson. *O Ministério Público no Mundo: Processo Constitucional Português e a Atuação do Ministério Público*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em Maio de 2006.

¹⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II, p. 03.

¹⁸ *Op. cit.*, p.201.

¹⁹ *Op. cit.*, p.110.

Rússia (Art. 153).²⁰ Por outro lado, os Códigos Italiano, Argentino, Uruguaio e Polonês não fazem distinção sobre o sujeito passivo do delito de estupro, ou seja, tanto pode ser o homem quanto a mulher. Já, os Códigos da Alemanha, Portugal, Espanha, China, Rússia e Peru, excluem totalmente o homem como sujeito passivo do delito.

Nelson Hungria argumenta ainda que, embora se tenha consignado penas rigorosas para o delito de estupro ao longo da história, o Código Penal Russo trazia uma pena branda para esse delito, que era tipificado no artigo 153 e atribuía pena de prisão de até no máximo cinco anos.²¹

Assim, chega-se ao tratamento no Brasil dos crimes sexuais, assunto exposto nos Códigos brasileiros apresentados no item seguinte.

1.1.2 Os Códigos do Brasil

Antes da promulgação do Código Criminal do Império, ocorrida em 1830, o Brasil era regido pelo Direito Português, o que ocorreu mesmo após a sua independência, no período transitório de sua legislação autônoma, em decorrência da aplicação no Brasil das Ordenações Filipinas, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, promulgada por D. Pedro I.

Naquela época, Portugal era regido pelas Ordenações do Reino, constituídas por três sucessivos códigos oficiais: Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603).

As Ordenações Afonsinas nenhuma aplicação tiveram no Brasil,

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

pois, quando em 1521 foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no Brasil. Só em 1532, Martin Afonso de Souza iniciou a colonização, fundando a cidade de São Vicente. Nessa época, já estavam em vigor as Ordenações Manuelinas²².

Tanto nas Ordenações Manuelinas quanto nas Ordenações Filipinas, a parte criminal vinha tratada no Livro V.

As Ordenações Manuelinas²³ puniam o crime de conjunção carnal “por força” com a pena de morte, da qual não escapava o criminoso nem mesmo se casasse com sua vítima. Essa disposição foi mantida pelo chamado Código Filipino:

Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher, postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello²⁴
(...)

E posto que o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito por vontade dellla, será relevado da dita pena, mas morretá, assi como se com ella não houvesse casado.²⁵

Sobre o Livro V das Ordenações do Reino, veemente é a crítica de José Frederico Marques, para quem:

[...] os preceitos se aglutinavam em uma estruturação primária e rudimentar de indisfarçável empirismo. Falta ao livro V uma parte geral; e, na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de conceitos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexo, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa redação dos textos em que se condensam as condutas delituosas e respectivas sanções.²⁶

Contudo, a despeito dessa falta de sistematização, não se pode

²² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

²³ Ordenações Manuelinas, Livro V, Título XIII.

²⁴ Ordenações Filipinas, Livro V, Título VXIII.

²⁵ Livro V das Ordenações do Reino – Código Filipino, § 1.

²⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, p. 116.

negar que os crimes sexuais sempre foram severamente punidos no Brasil.

Com o advento do Código Criminal do Império, de 1830, o crime de estupro foi previsto no artigo 222, que assim enunciava:

Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
 Penas – de prisão de tres a doze anos, e de dotar a offendida.
 Se a violentada for prostituta.
 Penas – de prisão por um mez a dous annos.

Como se vê, houve um injustificável retrocesso na matéria, porquanto a legislação anterior (Ordenações Filipinas) também punia – e severamente – o estupro praticado contra a prostituta, conforme precedentemente apontado.

Chrysolito de Gusmão, informando que foram três as fases pelas quais a humanidade passou no aferir tais atentados contra as meretrizes, esclarece que os romanos não puniam como estupro a conjunção carnal violenta com a meretriz e isso porque não julgavam a prostituta digna de merecer essa proteção destinada pela Lei, unicamente, às mulheres honestas, viúvas ou virgens, embora também constasse disposição que dá lugar a se poder admitir pudesse o crime ser punido como crime de violência pública.²⁷

E prossegue o citado autor:

Já, porém, na Idade Média, a Constituição *omnes nostri*, citada em CARRARA, proclamara a necessidade de pôr essas infelizes sob a proteção da lei.
 Na segunda fase, a doutrina jurídica, calcada na pugnação contra o pecado, já influenciada por essas idéias que germinaram na Idade Média, estabeleceu a igualdade injusta da pena, punindo com a mesma pena tanto o estupro contra a mulher honesta como contra a meretriz, teoria essa que influenciou várias legislações antigas, como as citadas Ordenações Filipinas, de modo a que se não fizesse a distinção, só após fixada, como já ponderamos.
 A terceira fase, é constituída pela teoria de que o estupro não deixa de

²⁷ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954, p. 143/144.

existir quando praticado contra uma prostituta, mas a pena deve ser diminuída, pelas razões que adiante exporemos, princípio que exerceu sua influência, como já vimos, em muitas legislações do século passado e nas quais foram se inspirar os Códigos vigentes da Itália e do Brasil, tanto o do Império (art. 222, 2ª parte) como o atual (art. 268, § 1º)²⁸ e a antiga legislação portuguesa. Essa teoria adquiriu, como era natural, plenos foros de idade e é a propugnada pela unanimidade dos mais eminentes e doutos penólogos.²⁹

Nesse contexto as mulheres que se apresentavam como “ofendidas” (vítimas de crime sexual) precisavam provar sua honestidade e a de sua família para serem então consideradas merecedoras de proteção da justiça. Mulheres honestas, por exemplo, não possuíam desejo sexual.³⁰

Martha de Abreu Esteves ensina que os homens acusados de crimes sexuais também eram julgados por sua conduta, por aquilo que eles eram, e não somente por serem ou não os autores do crime pelo qual eram acusados. Homens de “bom caráter”, trabalhadores, tinham mais chance de serem absolvidos.³¹

Como se constata, por essa época no Brasil, apesar de estar normatizado, o ato de violência sexual não era levado aos tribunais ou mesmo ao conhecimento público, a não ser em casos raros de denúncia.

Tanto nos códigos anteriores, como no código em vigor, fica evidente que a consumação do estupro ocorre pela força e exigência daquele que detém o poder, ou seja, o constrangimento por meio de violência ou grave ameaça e a cópula carnal, em que o autor usa de violência na abordagem de uma mulher, deixando claro que seu objetivo é a prática sexual, vindo a vítima, depois, a consentir na realização de conjunção carnal, sendo tal consentimento inválido, pois, em verdade,

²⁸ Código Penal de 1890.

²⁹ *Op. cit.*, p. 143/144.

³⁰ GAVRON, Eva Lúcia. Mulher honesta sente desejo? Esboços. *Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC*. Chapecó: UFSC, n.9, 2002, p.106.

³¹ ESTEVES, Martha de Abreu. *Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 41.

não houve. A mulher, nessa hipótese, permitiu a conjunção em virtude do temor provocado pela violência.³²

De acordo com Silvio Meira em casos semelhantes a esse, a doutrina e, especialmente a jurisprudência é farta em apontar a caracterização do estupro. Interessante característica das Ordenações é a preocupação exacerbada com que o legislador cogitava dos crimes sexuais, dedicando-lhes capítulos muito extensos, com dispositivos os mais bizarros e extravagantes, como o Título XIII - Dos que cometem pecado de sodomia e com alimárias cuja pena era a fogueira para o homem que tivesse relações carnavais com um irracional, declarando os anotadores que o mesmo sucedia ao animal³³, o que leva à conclusão de que os crimes de natureza sexual ou que atentam contra os costumes sempre tiveram repúdio incondicional tanto pelo legislador como pelos operadores do direito.

Sobrevindo o Código Penal de 1890, o legislador preocupou-se em definir “estupro” no artigo 269 (“chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não”), sendo que o tipo penal e as penas constavam no artigo 268:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena – de prisão celular por um a seis annos. § 1º. Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: pena – de prisão celular por seis mezes a duos annos. § 2º. Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.³⁴

Na lição de Regis Prado, o Código de 1890 excluía a possibilidade de as mulheres não honestas serem vítimas do crime de estupro. A disposição era expressa e não sujeita a quaisquer dúvidas ou questionamentos: "Estuprar mulher

³² GAVRON, Eva Lúcia. *Op. cit.*, p.108.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p.15.

³⁴ *Ibid.*, p. 198.

virgem ou não, mas honesta [...]”. Como se observa, é uma distinção discriminatória.³⁵

Entretanto, Chrysolito de Gusmão, trazendo à colação jurisprudência contemporânea ao Código de 1890³⁶, afirma que a qualidade da vítima, se virgem ou desvirginada, honesta ou não, recatada ou prostituta, como seu estado civil não influi para a integralização do delito, apenas variando, ante o Código, da mesma forma que se dá em algumas legislações estrangeiras, a pena, no caso de se tratar de prostituta (art. 268, § 1º, do Código Penal), esclarecendo:

A expressão honesta deve ser encarada, não no sentido moral ou de Direito Civil, mas no sentido penal, e, conquanto bem certo seja que essa expressão seja limitativa e restritiva, em si, certo, porém é, que ela não pode ser interpretada sem se a pôr sempre em confronto com a expressão caracterizadora do tipo, único, que, na lei penal, lhe é contrária – mulher pública ou prostituta. Assim não é de confundir aquela que prodigaliza os efêmeros prazeres genésicos a qualquer, em forma múltiplice, seja ou não por lucro pecuniário, é de admitir que a melhor doutrina, com a mulher que na mancebia ou no consórcio trai seus ímpios amores. Doutra forma seria estabelecer uma terceira categoria, que não seria, admita-se, a mulher honesta do art. 268, mas que, também, não se enquadraria no § 1º de tal artigo, o que não encontra, de nenhuma forma, uma justificativa com feição jurídica, desde que, em casos semelhantes, o intérprete e em tal fazendo, em os conjugando, não poderá esquecer que o legislador quando se refere as prostitutas ou mulheres públicas o faz no sentido jurídico que essa expressão tem tradicionalmente.

Em seguida, o citado autor conclui que “o método a adotar é o da exclusão, de forma que, em não sendo mulher pública ou prostituta, a vítima será

³⁵ *Ibid.*, p. 195.

³⁶ JURISPRUDÊNCIA – A honestidade da mulher não é elemento essencial do crime de estupro; entra apenas como circunstância gradativa da pena. O estupro pode verificar-se em mulheres virgens ou não, maiores ou menores, casadas ou viúvas, e até em prostitutas. No art. 268 o legislador pune o estupro de mulher virgem ou não, mas honesta e no § 1º o de mulher pública ou prostituta, aquele naturalmente com pena mais elevada do que este. Se a mulher é virgem, a presunção é da honestidade, presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário; se a mulher não é virgem, é necessário que se faça a prova de sua honestidade. De modo que, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em acórdão de 13 de janeiro de 1909: “A virgindade da mulher estuprada, ou a sua honestidade “quando não virgem” são elementos do crime definido no art. 268 do Código Penal (Ver. de Dir., vol. XIV, pág. 303). Assim, o legislador equiparou, para os fins penais, ao estupro da mulher virgem o estupro da mulher não virgem, mas honesta; se a mulher além de virgem, é menor de 21 anos, a hipótese é a de um defloramento agravado pela violência, violência presumida, só se trata de menor de 16 anos (Sent. Conf. Ac. Da 3ª Câm.da Corte de Ap., de 17 de dezembro de 1921).

incluída na categoria penal das honestas.³⁷

Regis Prado afirma que em consequência da evolução da sociedade e do Ordenamento Jurídico, os quais cada vez mais delimita suas condutas, refletindo-se, igualmente nas sanções cominadas, novos preceitos foram criados para que a liberdade sexual fosse defendida, conforme descreve o Código Penal de 1940, onde o legislador tratou do assunto no Título VI "Dos crimes contra os Costumes", dividindo-o em 6 (seis) Capítulos. Salaria o autor que nos crimes sexuais, seja atentado violento ao pudor ou estupro, a vítima sofre consequências extremamente graves de ordem física, moral, psíquica e familiar.³⁸

Ainda, conforme o ensino de Luiz Regis Prado, com o Código Penal de 1940, os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da individualização Da pena, no tocante ao crime de estupro, ganharam uma nova redação: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça", não fazendo quaisquer diferenças e o constrangimento perante sua leitura seria passível de ser praticado por homem ou mulher. Assim, a mulher que, sob coação de morte, constranger outra a manter relação sexual carnal com um homem, deve responder pela infração de estupro, vez que o enquadramento penal foi completo e perfeito.³⁹

Diferentemente, afirma Regis Prado, sob a égide do Código Criminal de 1890, não haveria qualquer possibilidade de considerá-la autora no mencionado crime. Sua conduta era enquadrada como constrangimento ilegal, delito cuja pena é significativamente inferior à cominada no estupro, afrontando aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, segundo os quais a pena deve ser aplicada, proporcionalmente, de acordo com a gravidade do delito.

³⁷ *Op. cit.*, p. 137/138

³⁸ *Op. cit.*, p. 195.

³⁹ *Ibid.*

Por conseguinte, ainda segundo o ilustre doutrinador, homens e mulheres, dentro do possível e de suas condutas, passaram a ser visto, pelo menos no caso específico de estupro, diante da lei penal, igualmente.⁴⁰

Em que pese a afirmação abalizada do citado autor, é de se ver que a história evidencia que o tratamento não é tão igualitário assim, existindo estudo antigo demonstrando que um homem pode ser violentado por uma mulher:

A idéia é quase inconcebível, mas o fato ocorre na prática. E as vítimas do abuso – homens forçados ao ato sexual por mulheres armadas ou mais fortes que eles – saem da experiência com traumas tão profundos que podem afundar na impotência permanente. Essas revelações vêm de um endereço explosivo na área dos estudos sexuais: a Fundação para Pesquisa da Biologia Reprodutiva em Saint Louis, Missouri, nos Estados Unidos, dirigida pela célebre dupla de sexólogos William Howell Masters, 67 anos, e sua mulher Virginia Johnson, 57. É o mesmo casal que, em 1966, surpreendeu a comunidade científica com o livro ‘Reação Sexual Humana’, um estudo da fisiologia e da anatomia da atividade sexual humana, observada ao vivo em laboratório.⁴¹

A recente alteração dessa matéria, promovida pela Lei n. 11.106/05, apesar de consideráveis avanços, olvidou dessa possibilidade, nada mudando em relação ao estupro e atentado violento ao pudor, os quais permanecem inalterados. Assim, a mulher, sozinha, continua não podendo ser sujeito passivo do crime, porquanto se delimitou o sujeito passivo quando se adotou a expressão “constranger mulher” à conjunção carnal. Para corrigir essa distorção, bastaria que o legislador trocasse essa expressão por “alguém”, tal como foi feito com o artigo 216, para permitir que o sujeito passivo também fosse o homem.

Aliás, a Lei n. 11.106/05, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 29 de março de 2005, modificou sensivelmente o panorama dos crimes contra os costumes, introduzindo diversas modificações no Código Penal.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 196.

⁴¹ Revista VEJA, 28 de abril de 1982, p. 88.

No que concerne às ações, estas continuam, de regra, de iniciativa privada, não tendo havido nenhuma alteração no artigo 225 do Código Penal.

Para aqueles que repudiam a existência da ação penal privada, perdeu-se uma ótima oportunidade de transformar as ações relativas aos crimes contra os costumes em públicas.

Aqui, não se pode negar que a proteção do ofendido nessas situações, onde a sua exposição ao processo possa acarretar um dano maior que a própria infração penal, poderia facilmente ser alcançada com a adoção da ação penal de iniciativa pública condicionada à representação.

Conquanto tenha se perdido essa oportunidade, não se pode olvidar a existência do Projeto de Lei n. 6.909/2002, encaminhado à apreciação da Presidência da República, onde se encontra até agora, desde 22 de maio de 2002.

A proposta objetiva dar nova redação ao artigo 225 do Código Penal vigente, para que, nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores, a ação penal seja iniciada pelo Ministério Público mediante representação do ofendido, preservando a intimidade da vítima, porque a ela cabe a comunicação do fato delituoso, mas a desonera do acompanhamento do trâmite do processo e dos ônus financeiros decorrentes da necessária representação processual da parte autora.

Objetivando proteger o incapaz, a proposta contempla, ainda, a previsão de ação penal incondicionada em tais crimes, quando houver indícios de que o representante legal do ofendido deixa de representar contra o infrator para atender interesse diverso da vítima incapaz.

No Senado existem projetos de lei versando sobre essa matéria, “para estabelecer hipótese de ação pública” (PLS 491 de 2003, de autoria da

Senadora Patrícia Saboya Gomes); para adotar a ação pública e segredo de justiça nos crimes contra os costumes (cf. PLS 88 de 2002 de autoria do Senador Lúcio Alcântara); e também na Câmara de autoria do Deputado Pastor Frankembergen, dando nova redação ao artigo 225 do Código Penal (Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, a ação penal correrá em segredo de Justiça, preservando-se a identidade da vítima), e revogando seus parágrafos e respectivos incisos.

Ainda no que diz respeito aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, perdeu-se outra oportunidade de correção.

Como se sabe, tais crimes possuem idênticas sanções, por força de modificação introduzida com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), o que pode, na prática, acarretar desigualdades e malferir o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a felação, o apalpamento malicioso ou um beijo lascivo representam um grau de aviltamento da conduta muito menor do que aquele resultante de uma conjunção carnal forçada, esta sim, mais próxima de um aviltamento resultante de um coito anal naquelas mesmas condições. Ocorre que a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” compreende, por sua amplitude, uma variada gama de atos libidinosos, pelo que se corre o risco de serem reprimidos da mesma forma crimes com potenciais ofensivos diversos. Para que isto fosse corrigido, a pena mínima do crime de atentado violento ao pudor deveria ficar abaixo daquela cominada ao crime de estupro, ficando a cargo do julgador, por ocasião da fixação da pena e, em atenção ao artigo 59 do Código Penal (em especial, às circunstâncias e conseqüências do crime), dar tratamento diferenciado às diversas formas dos atos libidinosos, tratando de forma idêntica à conjunção carnal apenas o coito anal.

A primeira modificação introduzida pela Lei n. 11.106/05 a ser

abordada, é a revogação dos incisos VII e VII do artigo 107 do Código Penal, que extinguíam a punibilidade de determinados crimes contra os costumes em razão do casamento da vítima com o agente ou com terceiros, havendo aqui um recrudescimento no tratamento da matéria, consoante se pode concluir olhando-se para o tratamento inicial a ela dispensado, por ocasião das Ordenações Filipinas.

A segunda modificação, diz respeito à revogação dos crimes de sedução (art. 217 do Código Penal) e rapto, em todas as suas modalidades (artigos 219 a 222, do Código Penal).

Revogou-se, também, o inciso III, do artigo 226 do Código Penal, que dispunha sobre o aumento da pena quando o agente fosse casado, mas esta não foi uma revogação pura e simples, tendo ela outras implicações.

Com efeito, anteriormente o caput do artigo 226 dispunha que a pena era “aumentada de quarta parte”, o que valia para os três incisos. Agora, o inciso III que foi revogado (“se o agente é casado”) faz parte do inciso II (“se o agente é cônjuge da vítima”), é dizer, casado com a própria vítima e não simplesmente casado com outra pessoa, como anteriormente era previsto, que passa a sofrer o acréscimo de metade, ficando mantido o acréscimo da quarta parte para o inciso I. Em sua nova redação, o inciso II passou a contar com os termos “madrasta”, “tio” e “companheiro”, suprimindo-se “pai adotivo”, expressão que desde a Constituição Federal de 1988 já estava compreendida no termo “ascendente”, face à impossibilidade de diferenciação entre filhos naturais e adotados.

A parte final do inciso II, do artigo 226, do Código Penal, (se o agente é “empregado da vítima ou por qualquer outro tipo tem autoridade sobre ela”) não pode ser aplicada ao crime de assédio sexual (artigo 216-A, acrescentado pela Lei n. 10.224/01), vez que a relação de ascendência sobre a vítima é da essência do

tipo, o que constituiria “bis in idem”.

Em relação aos tipos penais, abrangidos por este estudo, que são aqueles de iniciativa privada, a Lei n. 11.106/05, alcançou o artigo 215 do Código Penal, para dele suprimir a elementar normativa “honesta”, que ainda adjetivava o sujeito passivo daquele delito, permitindo, portanto, que uma prostituta possa ser sujeito passivo desse delito.

Também foi alterada a redação do artigo 216 do Código Penal, para que o sujeito passivo – que antes só podia ser a “mulher honesta” – possa agora alcançar qualquer pessoa, inclusive o homem, tendo em vista que a expressão “mulher honesta” foi modificada por “alguém”.

As outras modificações introduzidas no Código Penal pela Lei n. 11.106/05 (como por exemplo, a revogação do adultério) não serão aqui examinadas, pois não dizem respeito aos crimes de ação penal privada, alcançados pelo art. 225 do Código Penal.

Por fim, cabe esclarecer que na atual sociedade os crimes sexuais não se restringem somente às mulheres, que com maior frequência são alvos desse delito, apesar delas serem as mais visadas pela própria fragilidade, não só física como emocional, mas também, são considerados os casos de violência sexual praticados contra indivíduos do sexo masculino, principalmente o crime de abuso contra menores, os quais, entretanto, fogem ao âmbito deste trabalho.

2 A LIBERDADE SEXUAL PROTEGIDA

2.1 A CARACTERÍSTICA DA TUTELA PENAL NOS CRIMES SEXUAIS

Os crimes contra os costumes, assim denominados no Título VI do nosso Código Penal, são crimes sexuais, porquanto relacionados com a sexualidade das pessoas.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que se está a falar do Código Penal Brasileiro de 1940, onde os crimes contra os costumes resultam de uma moral ultrapassada, marcados que são por relações de subordinações entre o homem e a mulher, característicos da ideologia do patriarcado, então dominante.

Em segundo, o indisfarçável descompasso do Código Penal Brasileiro de 1940 com a Constituição Federal de 1988, a qual consagrou expressamente a igualdade entre homens e mulheres, igualdade também reconhecida no exercício de direitos e deveres da sociedade conjugal e entre os filhos havidos de qualquer relação, o que evidencia indisfarçavelmente uma evolução nos costumes.

Dessa forma, a discussão do tratamento dado pela lei penal às questões ligadas a sexualidade há que seguir essa orientação, de forma a romper com a ideologia do patriarcado, mas também, não deve se tornar refém da manipulação de um sentimento de insegurança e medo, característicos da sociedade atual, para, através de novas incriminações e restrições à liberdade, alcançar a falsa sensação de segurança e tranquilidade.

Tais questões foram abordadas com muita lucidez por Maria Lúcia Karan, em trabalho elaborado por solicitação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, onde, ao discorrer sobre “um novo tratamento penal para as questões

ligadas à sexualidade e às relações familiares”, deixou assentado:

A orientação de não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral já recomenda o afastamento da idéia de se estabelecerem tipificações penais em que o bem jurídico protegido seja a moral pública sexual, como ocorre sempre que se definem, como em nossa lei penal, crimes contra os costumes.

Neste ponto, não se trata simplesmente de apontar a defasagem entre dispositivos contidos na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, vigente desde 1940, e a natural evolução social que deu origem a uma nova dominante neste campo da sexualidade, tampouco devendo se limitar a discussão à inconstitucionalidade da proteção diferenciada da sexualidade de homens e mulheres com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos.

Não se trata, assim, apenas de questionar a criminalização de condutas como as definidas nos tipos da sedução (art. 217 do Código Penal) e da posse sexual ou atentado ao pudor mediante fraude (arts. 215 e 216 do Código Penal), em que, além de se consagrar uma visão discriminatória da mulher, como um ser inferior, se trabalha com uma suposta ingenuidade, que, se ainda poderia existir nos anos 40, a toda evidência, não faz parte da realidade. Também não se trata simplesmente de repudiar as mais óbvias traduções do controle da sexualidade feminina, presentes tanto na utilização de elementos normativos como “mulher honesta” (integrando os já mencionados tipos da posse sexual e do atentado ao pudor mediante fraude, como também a definição do tipo do rapto contida na regra do art. 219 do Código Penal), quanto na consideração da virgindade e da intocabilidade da mulher até o casamento como um valor digno de proteção penal (fundamentando não só o tipo de sedução, mas ainda a criminalização do rapto consensual previsto no art. 220 do Código Penal).

O desaparecimento de tais dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico se impõe não apenas por se ter ali uma vitimização exclusiva da mulher incompatível com o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre homens e mulheres, ou por neles se refletir uma concepção moral absolutamente ultrapassada.

Ainda mais importante é afirmar a inadmissibilidade de utilização da lei penal para imposição de pautas morais de comportamento, em um campo reservado às convicções íntimas e à consciência individual, campo onde o Estado não pode intervir, não se podendo confundir Direito e Moral, como tampouco crime e pecado. Quando se erige uma moral pública sexual, qualquer que seja esta, à categoria de bem jurídico, o que se acaba por estabelecer é a imposição de uma concepção moral dominante sobre a sexualidade, que, embora possa até ser compartilhada pela maioria dos membros da sociedade, pode não ser aceita por indivíduos ou grupos sociais, cujo direito à diferença há que ser garantido, sempre que não atingidos direitos alheios.

A utilização da lei penal neste campo há que ser, portanto, condicionada, em primeiro lugar, por esta indispensável diferenciação entre Direito e Moral, limitando-se a intervenção do sistema penal à finalidade de proteção da pessoa, de forma a garantir a cada indivíduo o direito ao livre exercício de sua sexualidade.

Daí o correto posicionamento, adotado pelos movimentos feministas, em sua reivindicação de deslocamento dos tipos penais relacionados às ofensas à liberdade sexual, para sua inclusão no Título do Código Penal dedicado aos crimes contra a pessoa, em capítulo relativo aos crimes contra a liberdade individual.

Assim entendidas as ofensas à liberdade sexual, duas colocações básicas se impõem. Primeiro, passo essencial para a superação das relações específicas de dominação estabelecidas pela estruturação do patriarcado e já aqui mais de uma vez mencionada, a de que a proteção à sexualidade há

que ser idêntica para homens e mulheres, não podendo haver lugar, por manifesta contrariedade ao princípio constitucionalmente consagrado da igualdade entre os sexos, para tipos penais em que seja vitimizada apenas a mulher.

De outro lado, a superação das relações mais gerais de dominação e exclusão, a implicar no compromisso com a perspectiva de imediata redução do sistema penal (como passo no caminho de sua futura abolição), através da efetiva concretização de um Direito Penal mínimo, leva à segunda destas colocações básicas: só se devem criminalizar condutas ofensivas à liberdade sexual que envolvam violência ou grave ameaça e que possam resultar em significativo dano à integridade pessoal e à intimidade do ofendido.

Nesta linha, a proteção penal à liberdade sexual deveria se concentrar em uma única figura típica, criminalizando-se a conduta de ter relação sexual com alguém, constringendo-o mediante violência ou grave ameaça, ou, por qualquer outro meio análogo, impossibilitando sua resistência.⁴²

A recente Lei n. 11.106/05, anteriormente mencionada, contemplou algumas dessas sugestões, demonstrando o caráter de vanguarda que emoldura o texto acima transcrito.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento de Ana Lucia Sabadell, para quem “há dois conceitos que estão na base de qualquer discussão sobre o tema: patriarcado e esfera privada”.⁴³

Para a autora:

A violência sexual é hoje um fenômeno mais comum do que se imagina na sociedade dos países em desenvolvimento e requer acima da ação do direito, uma ação multidisciplinar e não se trata mais de uma ação de um sujeito adulto contra uma criança, o abuso pode estar configurado entre adultos porque vem caracterizado pela dominação e sujeição, e pelas condições e intensidade de uma relação não permitida por uma das partes.⁴⁴

Induvidosamente, essa relação envolve aspectos culturais, religiosos ou condições sociais e econômicas de uma sociedade, possibilitando comportamentos que se configuram como violação de direitos humanos. No espaço

⁴² KARAN, Maria Lúcia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 9, 1995, p. 153/154

⁴³ SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira*, jul/set.1999, nº 27, p. 80-102.

⁴⁴ *Ibid.*

privado se refere à política e ao espaço de discussão sobre temas considerados de interesse comum, reproduzindo a submissão e a violação dos direitos fundamentais.

2.1.1 A Presunção de Violência

O legislador, ao elaborar a norma penal baseia-se em fatos da vida social, em regras extraídas do senso comum e em elementos colhidos do cotidiano, para estabelecer certos parâmetros de sua aplicação, determinando, com base nessas observações, algumas presunções, tal como faz com a maioria penal e a violência presumida.

Nesse contexto, Alberto Silva Franco busca amparo em Bettiol e Ferraiolo, e apresenta a seguinte definição:

Presunção legal “é o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos na base de uma regra de experiência codificada pelo legislador”. A presunção legal constitui, portanto, um abrandamento da prova: “baseando-se numa regra de experiência, a lei deduz, de um fato, um outro fato e antecipa o procedimento lógico necessário para estabelecer uma relação entre dois fatos, recorrendo a um parâmetro abstrato de valoração que alivia o juiz do encargo da verificação”.⁴⁵

É, portanto, uma relação que se estabelece entre os fatos contidos na lei (ser a vítima menor de catorze anos, alienada ou débil mental, e o agente conhecer essa circunstância ou se não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência) e o fato presumido como existente pelo legislador (a violência).

Assim, violência presumida é aquela situação prevista em lei na qual a pessoa não possui capacidade de discernir entre a conveniência ou não de adotar determinada postura em relação ao ato praticado, o que, para o nosso estudo, é a

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 150-151.

sexualidade.

Neste sentido, é de se ver que a lei não leva em conta a eventual concordância do ofendido com o ato sexual mantido com terceiro, presumindo a existência da violência.

Assim, a presunção de violência impõe um dever absoluto de abstenção da prática de atos sexuais com aquelas pessoas que lei penal tutela e com as quais, tais atos sexuais, ainda que consentidos, são incriminados pela própria lei, tornando inválido eventual consentimento.

Ao estabelecer a presunção de violência o legislador teve em vista, à maneira de diversos códigos estrangeiros, instituir como uma presunção a falta de consentimento livre, porquanto considerou que naquela determinada faixa etária ainda não há o suficiente amadurecimento, quer físico, quer mental, que possibilite ao indivíduo avaliar em toda a sua extensão e com precisão a gravidade e as consequências dos atos sexuais.

O princípio informador dessa presunção é a *innocentia consilli*, que cobre o indivíduo com uma espécie de manto sagrado, permitindo afirmar que naquela faixa etária não se reconhece malícia no ofendido.

Desde as Ordenações Filipinas a presunção de violência habita o nosso sistema penal. Evidentemente que o entendimento de então não se revestia de presunção a que hoje temos, contudo, fica explícito em todo ordenamento pátrio, a intenção do legislador de resguardar a integridade daquelas pessoas que, mesmo por vontade, mantinham união de carne com o outro sexo.

Martha de Abreu Esteves salienta que, se reforçando a tese que igualmente há ausência de consentimento válido quando o sujeito passivo é alienado ou débil mental, e, se a incapacidade de consentimento faz presumir a

violência, e com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, sendo essa resultante de causas mórbidas ou de especiais condições físicas.⁴⁶

Como a violência presumida está fora dos Capítulos anteriores⁴⁷, I, II e III, do Título VI do Código Penal, tal como se dá com o art. 223 e parágrafo único do Código Penal, a ação penal recairia sob a regra geral da ação penal pública (art. 100, do Código Penal). As hipóteses de violência real colocadas no artigo 223 e seu parágrafo único, com maior razão, a violência presumida, inserida no artigo 224, “a”, “b” e “c”, para configurar mais uma modalidade de ação penal pública. Nos Capítulos III e IV, os artigos 223 e 224 ficariam, assim, fora do alcance da ação penal privada. Se o artigo 223 e seu parágrafo único estão no rol da ação penal pública incondicionada, qual a razão para entendimento diverso nas hipóteses do artigo 224 do Código Penal? Eles estão fora dos capítulos anteriores, âmbito de abrangência da ação penal privada. A resposta é simples: o artigo 223 e seu parágrafo único contêm norma penal incriminadora, enquanto o artigo 224 abriga, apenas, norma interpretativa ou explicativa, esclarecendo o que vem a ser violência presumida, artigo 224, “a”, “b”, e “c” do Código Penal.

Assim, nos casos de violência presumida, cabe a ação penal privada, salvo por motivo de pobreza, caso em que se transforma em ação penal pública condicionada à representação.

⁴⁶ *Op. cit.*, p.119.

⁴⁷ Art. 225, “caput” do CP: “Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa”.

2.1.2 A Liberdade Sexual Atualmente

Inicialmente, não se pode esquecer que a Parte Especial do Código Penal Brasileiro remonta ao ano de 1940, época muitíssimo diferente da atual, notadamente em relação à sexualidade.

Também, não se pode olvidar que a preocupação do legislador de 1940, relativamente aos chamados crimes sexuais, ou seja, a de proteger a integridade psicológica e moral da vítima transcendeu aquela época, permanecendo na atualidade.

O que se está querendo dizer é que a sexualidade hoje deve ser interpretada em suas diferentes formas. O que importa afirmar que o diferente deve, necessariamente, ser admitido por imperativos constitucionais de liberdade e de proibição de quaisquer tipos de discriminação.

Nesse contexto, há que se concordar com o ensinamento de Alberto Silva Franco e Rui Stocco, para os quais:

Não há que se cogitar, na atualidade, um conceito de sexualidade fora do espaço da pessoa humana, não cabendo delimitação de sua área de significado segundo parâmetros éticos, de moralidade pública ou de bons costumes. Assim, só não pode encontrar suporte jurídico a sexualidade exercida com coerção ou explorada.⁴⁸

Como precedentemente ressaltado, os crimes sexuais devem ser definidos dentro dos artigos destinados aos crimes contra a pessoa, porquanto violam uma das esferas da liberdade individual (tal como o seqüestro viola a liberdade de locomoção, etc.).

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, v. II, p. 3.059.

Isso porque em uma estrutura penal moderna, o bem jurídico a ser tutelado deve ser, tão-somente, a liberdade sexual, ou seja, deve-se, antes de tudo, reconhecer-se ao cidadão em geral o direito à sexualidade, o direito de querer a prática de ato sexual, dentro do direito constitucional de que todo cidadão tem sobre sua liberdade, necessitando ressaltar que só deve ser alvo do direito penal quando se tratar de sexo com coerção ou exploração.

Neste sentido, evidencia-se aqui a distinção entre as duas possibilidades de crimes contra os costumes, também denominados crimes sexuais, ou contrários à liberdade sexual: aquele cometido contra pessoas absolutamente capazes e contra os juridicamente considerados incapazes, conforme determina o Código Penal em vigência.

Essa distinção torna-se relevante na medida em que os atos sexuais praticados com o consentimento de maiores são absolutamente lícitos, constituindo um indiferente penal, o mesmo não ocorrendo na situação inversa, onde se deve demonstrar que o dissenso da vítima é realmente sincero ⁴⁹.

Reafirme-se que o legislador pátrio no Título VI da Parte Especial do Código Penal (arts. 213 a 249) estabeleceu a tutela jurídica dos "costumes" e dentro desse universo que envolve desde crimes contra a liberdade sexual até aqueles contra filiação e o pátrio poder (poder familiar, segundo a Lei 10.406/2002), interessa

⁴⁹ CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ESTUPRO – NULIDADE – ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR PREJUDICADA – FRAGILIDADE DOS ELEMENTOS DE PROVA A RESPALDAR O DECRETO CONDENATÓRIO VERIFICADA – DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS DA VÍTIMA – INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUE APÓIEM O DEPOIMENTO DA VÍTIMA – MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO DEMONSTRADAS – ABSOLVIÇÃO OPERADA – RECURSO PROVIDO – “No embate entre a versão acusatória da vítima com a negativa de autoria do agente, prudente tomar esta por estar aquela impregnada de divergências, sem o respaldo de outros elementos concludentes para apenar – A ameaça deve restar sólida e irretorquível no ventre dos autos, irresistível e séria, de modo a vencer as barreiras da resistência da ofendida – O binômio dissenso e resistência não pode estar ausente no processo executivo do delito, compreendendo estar na dinamização daquele, sendo insuficiente a platônica discordância. Provimento do apelo, pela incerteza da reprovação social do agente” (TJRS – RJTJERGS 190/202). (TJPR – Apr 0321857-5 – Guairá – 5ª C. Crim. – Relª Desª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira – j. 16.03.2006)

ao presente trabalho aqueles que se convencionou chamar de "crimes sexuais", quais sejam, estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, assédio sexual e a corrupção de menores (definidos nos arts. 213 a 218 do Código Penal), tanto em suas formas qualificadas quanto presumidas (arts. 223 e 224 do Código Penal), aplicáveis somente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do Código Penal), sendo certo que a sedução e o rapto, este em todas as suas modalidades, foram revogados pela Lei n. 11.106/2005.

Contudo, deve ser ressaltado que tais crimes não serão objeto de capítulo específico, embora suas características principais sejam abordadas ao longo desse trabalho.

É indiscutível que o número de abusos sexuais que se vê nas estatísticas, seja quantos milhares forem de fato, esse número pode ser bem maior. A maioria desses casos não é reportada pela mídia ou mesmo admitida na comunidade, tendo em vista, que a pessoa que sofreu o delito, tem medo de dizer a alguém o que se passou com elas, principalmente se o sujeito do crime for criança.⁵⁰

Questão centenária, mas sempre atual, é saber a natureza jurídica da presunção de violência, contida no art. 224, alínea "a" do Código Penal: trata-se de uma presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou relativa (*iuris tantum*)?

Esse dissenso remonta ao Código Penal de 1890 que presumia a violência em seu art. 272 sempre que a ofendida fosse menor de 16 anos, como anteriormente delineado.

⁵⁰ SABADELL, Ana Lucia. *Op. cit.*, p. 80-102.

Desde logo, impende ressaltar que se o agente se equivoca quanto à idade da vítima, na verdade estaremos diante do chamado erro de tipo, não sendo razoável ocorrer punição.

Com efeito, uma pessoa que encontre alguém contando 14 anos incompletos, mas que aparente ter muito mais que isso, e com ela mantém relações sexuais consentidas, pode perfeitamente incidir na hipótese do artigo 20 do Código Penal, deixando de ser punida.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento histórico e iterativo sobre esse tema, onde nem o desconhecimento da idade da vítima, nem a sua vida promíscua constituem fatos elisivos da violência presumida.⁵¹

Entretanto, essa uniformidade de entendimento do Supremo Tribunal Federal sofreu uma ruptura por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 73.662, onde funcionou como relator o Ministro Marco Aurélio, ocasião em que foi concedida a ordem para absolver o paciente, acusado de ter mantido relações sexuais consentidas com uma menor de doze anos de idade.

É certo, contudo, que o caso foi cercado de particularidades, como o fato da vítima ter se passado por pessoa com idade superior a real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, além de levar vida promíscua, tudo somado à especial circunstância do acusado – à época solteiro – ter contraído matrimônio, levando uma vida regular e sendo pai de um filho menor.

Aliás, os votos dos ministros que acompanharam o relator sempre ressaltaram as particularidades do caso, onde a permanência da condenação não fazia justiça ao caso concreto e onde, em função dos verdadeiros contornos em que

⁵¹ RTJ 127/343 e RTJ 68/375

o fato se deu, seria insensibilidade não reconhecer, no caso, que a presunção de violência era relativa.

Posteriormente, quando do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de outro *habeas corpus*, o próprio Ministro Marco Aurélio enfatizou que, no precedente de sua lavra (o HC 73.662) – tantas vezes invocado no sentido da elisão da violência presumida pelo assentimento da menor – o que predominara fora a evidência do erro de fato do agente. Disse S. Exa:

[...] creio que não se pode fugir ao princípio que direciona no sentido de examinar-se sempre a culpa ou o dolo do agente. O artigo 224 não alija do cenário jurídico essa ótica, ao indicar que se presume ocorrida violência quando a vítima é menor de catorze anos. Foi com base, justamente, nessa premissa que a Segunda Turma, em acórdão que não se mostrou, no âmbito do Judiciário, pioneiro, afastou, no caso concreto – que se apresentava, repito, peculiaridades quanto ao total desconhecimento do agente em relação à idade da vítima –, a configuração do estupro.⁵²

Portanto, em que pese o acórdão do HC 73.662⁵³ mencionar que a presunção de violência é relativa, tal não significou uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para quem, de maneira histórica e iterativa, a presunção de violência sempre foi absoluta, restando essa decisão isolada.

Com efeito, um mês depois daquela decisão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reafirmava o caráter absoluto da presunção de violência do artigo 224, “a”, do Código Penal, e a conseqüente irrelevância do consentimento da menor de 14 anos, legalmente incapaz de prestá-la⁵⁴.

Esse acórdão da Primeira Turma seria invocado posteriormente pela Segunda Turma (é certo que na ausência dos Ministros Marco Aurélio e Velloso)

⁵² STF – Tribunal Pleno – HC 74.983-RS – J. 30.06.97, DJ de 29.08.1997, p. 40217.

⁵³ STF - 2ª Turma - HC 73.662-MG - Julgado de 21.05.96 Publicado no DJ de 20-09-96 - p. 34535.

⁵⁴ STF - 1ª Turma, HC 74.286-SC, Julgado de 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291.

para reassentar a possibilidade da persecução penal nas hipóteses de crimes sexuais praticados com a concordância da vítima menor de 14 anos⁵⁵.

Também na doutrina, o entendimento de que a presunção era absoluta, isto é, não admitia prova em contrário, segundo Maurício Jorge Pereira da Mota, nunca se mostrou ponto pacífico. Segundo o comentarista, “eram partidários do caráter absoluto da presunção, entre outros, Viveiros de Castro, Galdino Siqueira, João Vieira, Bento de Faria e Néelson Hungria”.⁵⁶

De outro lado, a relatividade da presunção era defendida por Magalhães Noronha, Heleno Cláudio Fragoso⁵⁷ e Chrysólito de Gusmão, para quem:

[...] não é justo, jurídico, nem tampouco lógico, que essa presunção seja *júris et jure*, como defendia entre nós Viveiros de Castro, tal como o esposara a lei pátria adotando a mesma expressão absoluta do Código sardo – ‘la violenza è sempre presunta’ – e que foi adotada pelo vigente Código Italiano, como vimos, com a supressão, porém, da expressão ‘sempre’ não contida no projeto italiano e que a Comissão senatorial julgou, aliás, desnecessário incluir para que como expressão *júris et jure* se devesse compreender.⁵⁸

Essa questão, contudo, sempre foi e continua sendo muito conturbada⁵⁹, sobrevivendo na jurisprudência decisão em ambos os sentidos, até os dias de hoje, devendo ser ressaltado que no Superior Tribunal de Justiça⁶⁰ e no

⁵⁵ STF, 2ª Turma, HC 75.608, Julgado de 10.02.98, Publicado no DJ de 27.03.98

⁵⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. In: Estupro e Violência Presumida. Julgado e Comentários publicado em www.uerj.gov.br/artigos.

⁵⁷ Autores citados pelo Ministro Marco Aurélio, no histórico HC 76.6629/MG

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 132.

⁵⁹ Conforme comentário do autor, na jurisprudência também não havia consenso, numerosos julgados definiam tal presunção como absoluta. MOTA, Maurício Jorge Pereira da. In: Revista dos Tribunais, 36/112; 77/102; 92/41; 94/376; 97/77; 117/101; 123/496; 128/442 - Revista Forense, 72/693; 75/630; 76/373; 77/370). Não eram, porém, menos numerosos os que sustentavam a tese contrária da presunção relativa (Revista dos Tribunais, 36/493; 41/374; 5/307; 86/482; 87/25; 98/388; 115/791; 118/85; 121/120; 77/373). In: Estupro e Violência Presumida. Julgado e Comentários publicado em www.uerj.gov.br/artigos.

⁶⁰ Veja-se, a propósito, o Recurso Especial n. 841691/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, j. 21.09.2006, DJ 30.10.2006.

Supremo Tribunal Federal⁶¹ a questão encontra-se pacificada, com a reafirmação de que:

a violência presumida, prevista no artigo 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva”, daí porque “o consentimento do menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

E nem poderia ser diferente, pois o fundamento da ficção legal da violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento.

Todavia, não se pode negar que, na época atual, tal como fez o Ministro Marco Aurélio, em julgamento considerado histórico,⁶² seria abstrair-se hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14(quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se presta à lascívia de outrem.

Neste caso, cabe dizer que onde existe a mesma razão, deve existir a mesma disposição: se a idéia de *innocentia consilli* infere necessariamente a presunção absoluta de violência, tal desiderato tem que ser válido para todas as hipóteses elencadas na lei e não para apenas uma delas.

Por outro lado, é preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, acabam por servir para inferiorizar tais grupos, com base em supostas

⁶¹ Veja-se, a propósito, o HC n. 81.268-6/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 16.10.2001, DJ 16.11.2001.

⁶² HC n 73.662/MG

reduções da capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes.⁶³

É o que acontecia, por exemplo, com o crime de sedução, cuja revogação através da Lei n. 11.106/2005, trouxe maior liberdade sexual à mulher maior de catorze anos, além de colocá-la em situação de igualdade com o homem.

Os crimes sexuais, além de serem muito comuns, são aqueles que envolvem violência que, em tese, pode ser real ou presumida, sendo esta última alvo da principal questão a ser abordada neste trabalho: a da possibilidade de que tais crimes tenham suas ações patrocinadas pelas defensorias públicas, por envolverem atitudes de foro íntimo da vítima, portanto, passível de uma ação privada.

Doutrinadores como Frederico Marques⁶⁴, Aníbal Bruno⁶⁵ e Tourinho Filho⁶⁶ discutem a abordagem de uma ação pública, entendendo que a ação penal não pertence ao direito material, sendo da exclusiva alçada do direito processual.

Salientando que as análises conceituais subjetivas (sujeitos ativo e passivo) dos delitos, apesar de terem sido aqui apresentadas de forma sintética, o mesmo acontecendo com os julgados que aqui foram expostos, fogem do âmbito dessa pesquisa, porque se propõe apenas inserir num contexto os crimes contra os costumes, para que sejam entendidas as razões pelas quais se discute a (i)llegitimidade do Ministério Público em tais ações, questão prioritária discutida no decorrer deste estudo.

⁶³ KARAN, Maria Lúcia. *Op. cit.*, p. 156.

⁶⁴ MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 307.

⁶⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 231.

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 272.

3 AS AÇÕES, A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 AS AÇÕES

A conceituação é importante, não para restringir posteriores informações, mas para proporcionar uma interpretação coerente evitando-se distorções de sentido ou qualquer influencia ideológica.

Assim, este capítulo será dedicado a conceitos do que sejam as ações, o Ministério Público e seu papel enquanto tutelador e defensor da ordem e da justiça; e da Defensoria Pública, como entidade protetora e auxiliadora do homem enquanto sujeito passível das conseqüências originadas pelo descumprimento do ordenamento jurídico que venham causar danos nas suas relações sociais.

No direito romano, segundo Regis Prado o processo não era autônomo, e estava relacionado ao conceito que os juristas faziam com respeito ao direito subjetivo material e a ação judiciária (*actio*).

As normas de caráter processual, segundo Regis Prado, eram baseadas na experiência jurídica romana unida num caráter substancial, sendo que o direito subjetivo não era entendido pelo aspecto do seu conteúdo substancial, mas pela ótica da ação, a qual o titular podia tutelar contra possíveis ofensas.⁶⁷ O titular da *actio* era aquele que realmente apresentasse uma situação de direito material existente.

No processo privado, afirma ainda Regis Prado, o mais importante foi a unificação das instâncias.⁶⁸ Com a intervenção da *cognitio extraordinaria*, o procedimento passou a desenvolver-se diante do magistrado-funcionário (autoridade

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 203.

⁶⁸ *Ibid.*

estatal).

O processo passou a ser todo estatal, onde o parecer do magistrado não mais correspondia apenas a um parecer jurídico (*sententia*), mas estava ligado a um órgão estatal. A sentença, no processo privado romano, era consolidada na atuação da autoridade do Estado (*ex auctoritate principis*), não mais se baseando apenas em caráter arbitral ou num ato restrito do cidadão. Com isso o processo tornou-se totalmente público, e, ao lado da jurisdição ordinária, pouco a pouco, formou-se um novo sistema processual.⁶⁹

As ações da lei eram instrumentos processuais exclusivos dos cidadãos romanos tendo em vista a guarda de seus direitos subjetivos previsto no *ius quiritarium*, e este sistema processual possuía uma estrutura individualizada para situações expressamente reconhecidas. O processo nesta época histórica, conforme Silvio A.B. Meira, era marcado pela extrema rigidez de seus atos, onde as ações tomavam a forma da própria lei, conservando-se imutáveis como esta.⁷⁰

Durante este período, assinala Silvio A.B.Meira, o direito em Roma vinha de hábitos e costumes e o conhecimento das regras jurídicas era monopólio dos sacerdotes, que detinham o conhecimento tanto de tais regras como do calendário e se Conjugavam o elemento laico e o elemento religioso, sendo um processo investido de formalismo, solenidade e oralidade, com um ritual de gesto e palavras pré-estabelecidas.⁷¹

Direito e ação eram conceitos estritamente conexos no sistema jurídico romano. O romano concebia e enunciava o direito mais sob o aspecto processual que material. Durante toda a época clássica, o direito romano era mais

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 204.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 25.

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 28.

um sistema de *actiones* e de meios processuais do que de direitos subjetivos. Em Roma, a cada direito correspondia uma ação específica.⁷²

Hoje, tem-se um conceito genérico de ação; a doutrina pátria ensina que a Ação é o direito subjetivo público, abstrato, autônomo e instrumental de exigir do Estado-Juiz um provimento de mérito sobre a demanda.⁷³

Observa Celso Delmanto que é considerado direito abstrato porque independe do resultado final do processo, ou seja, pode-se exercer o direito de ação validamente e se obter um julgamento favorável ou desfavorável. O direito de ação seria concreto se só se considerasse exercido quando o autor tivesse seu pedido julgado procedente; é considerado autônomo uma vez que independe da existência do direito material; e finalmente pode ser considerada instrumental, já que sua finalidade é dar solução a uma situação de direito material, ou seja, satisfazer a uma pretensão material.⁷⁴

Uma ação pode ser estabelecida, para que sejam definitivamente postos em prática os resguardos ao ofendido. A ação é única, voltada à obtenção de mecanismos aptos a assegurar o direito afirmado, atuados através de atividades desenvolvidas pelo Estado.⁷⁵

O que pode ser qualificado, o que admite adjetivação, é a tutela jurisdicional que, segundo Joaquim Felipe Spadoni tem previsão no artigo 461 do CPC, "embora genérica como previsão, pode ser classificada à luz da pretensão e da situação material à qual se refere ou de seus efeitos".⁷⁶

⁷² MEIRA, Silvio A. B. *Op. cit.*, p. 36.

⁷³ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado Jurisprudencialmente*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 531.

⁷⁴ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 458.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

Ainda, é importante salientar que de acordo com Joaquim Felipe Spadoni o fundamento da responsabilidade civil e penal é praticamente o mesmo. As condições em que surgem é que são diferentes, pois uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.⁷⁷

A responsabilidade penal, segundo o autor, pressupõe uma turbação social determinada pela violação da norma penal.⁷⁸ O agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse lesado é privado. O prejudicado pode, ou não, pleitear reparação, sendo que a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é a distinção entre o direito civil e o direito penal.⁷⁹

Na responsabilidade civil não se verifica se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não, a ordem social. Não importa que a pessoa compelida à reparação seja, ou não, moralmente responsável.⁸⁰

A responsabilidade penal envolve dano que atinge a paz social, embora, muitas vezes, atinja um só indivíduo. Essa responsabilidade é intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade. Ao Estado incumbe reprimir o crime e deve arcar com o ônus da prova.⁸¹

No cível qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que haja violação de direito ou prejuízo de outrem. No crime há a presença da tipicidade: e é necessário que haja perfeita adequação do fato concreto

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 65.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p. 6.

⁸¹ REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1997, p.14.

ou tipo penal.⁸²

A culpabilidade é mais ampla no cível, na esfera criminal nem toda culpa resulta na condenação do réu, assim como a questão da imputabilidade também é tratada de forma diferente. Há regras no cível que divergem das do crime.⁸³

A responsabilidade civil envolve o dano⁸⁴, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém. Quando coincidem, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal proporcionam as respectivas ações, isto é, as formas de se fazerem efetivas: Uma exercível pela vítima; outra pela sociedade; uma tendente à reparação; outra à punição.

Em relação às ações, doutrinadores, entre eles Cristina Rapisarda, classificam as ações pelo critério subjetivo, ou seja, as ações são classificadas segundo o seu titular.⁸⁵

Dessa forma, a ação penal será pública quando seu titular for o Ministério público; incondicionada se o seu exercício não depender de nenhuma condição específica e, por outro lado, será condicionada se o seu exercício estiver subordinado ao preenchimento de uma condição de procedibilidade, ou seja, à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. A ação será privada quando a lei conferir legitimidade *ad causam* ativa ao ofendido ou seu representante legal.

No caso da ação penal privada, há que se observar a distinção entre ação penal exclusivamente privada, ação privada personalíssima e ação privada

⁸² *Op. cit.*, p. 14.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Todo dano que resulte de ato ilícito (por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia) é passível de ressarcimento (art. 159 do Código Civil), sustentando-se, em doutrina, a equiparação do fato danoso com o ato ilícito ou ilegal.

⁸⁵ RAPISARDA, Cristina apud SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 25.

subsidiária da pública.

Na primeira hipótese, o seu exercício é conferido exclusivamente ao ofendido ou a quem legalmente o represente e, em caso de morte ou de ausência judicialmente declarada, o direito de queixa ou de prosseguir na ação transmite-se ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Na segunda hipótese, somente o cônjuge inocente é que pode exercer o direito de queixa, não se admitindo aquela sucessão a que se refere o artigo 31 do Código de Processo Penal. Na terceira hipótese, o exercício da queixa compete ao ofendido ou ao seu representante legal (observando-se também o art. 31 do CPP), se o titular da ação penal pública ficar inerte, é dizer, se o Ministério Público deixar de promovê-la no prazo legal.

Em todas estas hipóteses, quando o ofendido é juridicamente pobre, caberá à Defensoria Pública o patrocínio das respectivas ações, não atuando conforme o Ministério Público atua, na qualidade de substituto processual, mas tão somente representando os interesses da parte em juízo.

Saliente-se que em nosso país não existe a chamada ação penal popular e qualquer previsão neste sentido seria inconstitucional em virtude do artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988.

Alguns autores, entre eles, Ada Pellegrini Grinover⁸⁶ chamam de ação penal popular, de modo não técnico, a regulada na Lei 1.079/50, que permite a qualquer do povo dar início ao processo de impeachment por crime de responsabilidade contra o Presidente de República e outras altas autoridades.

Se o crime é de ação pública condicionada, incondicionada ou privada, de acordo com o que dita o artigo 100 do Código Penal, no caso da lei, ela

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo Constitucional em marcha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

será pública incondicionada, sendo que nos demais casos haverá menção expressa na lei.

De acordo com o ensino de João José Leal é fato que toda ação penal é de natureza pública porque além de colocar seu autor diante do Estado-juiz e de sujeitá-la a normas de procedimento gerais e obrigatórias, constitui ela, de acordo com o entendimento predominante na doutrina, um direito subjetivo público do Estado-administração e o que a doutrina divide em público e privado é o exercício da ação.⁸⁷

Defendem alguns doutrinadores, entre eles João José Leal que se o Estado detém em suas mãos o *jus puniendi* e se esse mesmo Estado criou um órgão específico para, em nome da coletividade, exercer o seu direito subjetivo público de acionar penalmente o autor de um crime, não se afigura mais razoável, nem desejável, que essa função seja exercida, ainda que excepcionalmente, pelo particular.⁸⁸

Neste ponto, cumpre ressaltar que esse estudo não adota posicionamento favorável ou contrário ao Ministério Público, mas apenas aponta uma situação existente e que torna o Ministério Público parte ilegítima para as ações penais públicas condicionadas à representação em decorrência do estado de miserabilidade jurídica da vítima, o que importa em tratamento desigual entre pobres e ricos.

Contudo, enquanto o exercício da ação penal não é conferido com exclusividade ao Ministério Público, não se pode deixar de harmonizar os preceitos da Constituição Federal de 1988 com aquelas disposições que não foram

⁸⁷ LEAL, João José. A extinção da ação penal. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 23, n. 172, dezembro 1994, p. 188.

⁸⁸ *Ibid.*, p.193.

recepcionadas pela Lei Maior.

Assim, tem-se como pacífico o que determina o direito positivo pátrio, ou seja, nos casos de crimes de ação privada, cabe ao ofendido conforme o artigo 30,⁸⁹ do Código de Processo Penal, exercê-la, o que deve ser feito através de advogado constituído pelo ofendido. Mas pode ocorrer que o ofendido não tenha condições econômicas para contratar um advogado, hipótese em que duas situações podem ocorrer, a prevista no artigo 32 do Código de Processo Penal, e aquela prevista no artigo 225, § 1º, I, e § 2º, do Código Penal.

Contudo, não se pode olvidar a lição de Geraldo Batista de Siqueira e Geraldo Batista de Siqueira Filho, quanto à segunda hipótese acima referida:

Tratando-se dos crimes contra os costumes (arts. 213 a 221, CP), a miserabilidade da vítima não se inclui na possibilidade de assistência judiciária, como prevê o art. 32 do Código de Processo Penal. O juiz não nomeará advogado para a promoção da peça vestibular. A titularidade da acusação transfere-se para o Ministério Público.⁹⁰

Igualmente, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 pretendeu garantir o acesso à justiça de todos aqueles que não podem pagar advogado através da Defensoria Pública, alçada, pelo texto constitucional, a condição de essencial à função jurisdicional do Estado.

Nesse sentido, é de se ver que em ambas as hipóteses, a parte juridicamente pobre será assistida pela Defensoria Pública.

No direito romano, a responsabilidade da ação e do saneamento de controvérsias, era o *rex*, chefe religioso e político da época. Com a introdução da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, essa incumbência passou para o juiz e para um árbitro, ambos laicos, escolhidos entre patrícios, senadores e mais tarde

⁸⁹ Art. 30 - Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

⁹⁰ SIQUEIRA FILHO, Geraldo Batista de. *Ação Penal nos Crimes contra os Costumes*. Belo Horizonte: Inédita, 1996, p. 23.

entre plebeus. Com a criação do pretor urbano e com a bipartição do processo é estendida a *legis actio sacramento*.⁹¹

Assim, para se iniciar o procedimento da *legis actiones* era necessário a citação do réu (*in ius vocatio*). Nesse período, conforme o ensino de José Cretella Junior o processo apresentava três etapas.⁹²

A primeira, conhecida pela introdução da instância (*in ius vocatio*) que se constituía em chegar a presença do magistrado as duas partes em questão (autor e réu). Nessa etapa do procedimento da *in ius vocatio*, todos os atos eram realizados oralmente e essa só podia efetivar-se em lugar público (termas e teatros, como também qualquer lugar da rua, até na porta domiciliar do demandado). Ficava a cargo do autor, que, de acordo com os preceitos contidos na Lei das XII Tábuas, ao encontrar, na rua, o réu, devia chamá-lo a Juízo, empregando termos solenes (*uerba certa*). Se o réu se recusasse a atender, a Lei das XII Tábuas determinava que o autor tomasse testemunhas e conduzisse o réu à presença do magistrado, ainda que tivesse de empregar a força.⁹³

A segunda marcava pela instância diante do magistrado ou pretor (*in iure*), que davam ou não o direito de ação. O réu era conduzido pelo autor até presença do magistrado competente, iniciando a fase *in iure*. As partes recitavam as fórmulas solenes e faziam os gestos rituais próprios de cada uma das ações da lei. Feita a citação, e negando o réu as acusações, era escolhido um juiz, após 30 dias, pela vontade de ambas as partes, ou por indicação do magistrado, ou até por sorteio. Tudo era realizado diante de testemunhas. Quando não era possível estabelecer os limites das demandas no mesmo dia, o réu tinha que prometer que

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR José. *Op. cit.*, p. 32.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, p. 34.

voltaria, fornecendo, inclusive, fiadores (*vades*) ao autor.⁹⁴

A terceira fase, caso a ação fosse concedida, era a instância diante do juiz popular (*apud iudicem*). O magistrado dava a fórmula de solução do conflito e oferecia uma lista de juízes (*album indicum*) para que as partes escolhessem um dentre eles. As pessoas integrantes dessa lista variaram no decorrer da história de Roma em virtude de questões políticas. Essa fase se desenvolvia diante de um particular, que apurava a veracidade dos fatos alegados pelas partes litigantes, baseando-se para decretar a sentença. Nessa fase se encontra o *iudex privatus*, ou em certos processos os tribunais permanentes.⁹⁵

No direito romano, as ações não podiam ser julgadas a revelia, era necessária a presença do pretor e do adversário. Também, não se permitia a representação em juízo, ou seja, era vedado a alguém agir em nome de outrem.

Ainda de acordo com o ensino de Cretella Junior, com a nomeação do *iudex*, as partes deviam comparecer à presença dele três dias depois. Se alguma das partes não comparecesse esperava-se até o meio dia, após o qual julgava-se favoravelmente ao litigante que havia comparecido. Ambos, autor e réu, expunham sumariamente a demanda (*causae coniectio*), depois disso davam as razões (*causae perovatio*), seguidas pela produção das provas. O juramento, a confissão e o testemunho eram considerados meios de prova.

Produzidas as provas, o *iudex* dava a sentença (*sententiam dicere*), podendo condenar o réu, através de pagamento, ou restituição ou prestação de um ato; ou o absolvendo. Qualquer que fosse a sentença era impossível ao réu recorrer

⁹⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 32.

a uma nova *legis actio* sobre a mesma questão.⁹⁶

A capacidade de postulação no sistema processual brasileiro compete exclusivamente aos advogados, conforme o artigo 36, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houve.

O artigo 133 da Constituição Federal dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei”.

Desde que a exigência da presença do advogado é obrigatória, em todo e qualquer processo, pois não está ao alcance de leigos conduzi-lo, é forçoso convir que a assistência dos advogados não pode ser privilégio, devendo estar à disposição de todos quanto dele necessitam.⁹⁷

Para Cappelletti e Garth, “a defesa dos direitos do cidadão comum, a assistência e a representação continuarão a ser importante em muitos casos complicados”.⁹⁸

O autor afirma ainda que um enfoque cada vez mais evidente nos procedimentos especializados consiste em: “desenvolver substitutos mais especializados e menos dispendiosos que os advogados individuais”.⁹⁹

Muitos tribunais de pequenas causas, por exemplo, proporcionam o aconselhamento jurídico que torna desnecessária a presença dos advogados.

⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. *Op. cit.*, p. 32ss.

⁹⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 40.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 143.

⁹⁹ *Ibid.*

Em síntese, a obrigatoriedade da presença do advogado ou não em toda e qualquer atividade jurisdicional, olhando sob o prisma do acesso à justiça, é bastante complexa, e geradora de polêmica nos meios jurídicos, conforme demonstra Horácio Wanderlei Rodrigues:

- a) de um lado a sua presença aumenta, em tese a qualidade e a segurança da defesa dos interesses das partes, tendo em vista a formação técnica que o mesmo possui,
- b) de outra parte a maioria da população não tem condições de pagar seus honorários,
- c) não basta a presença física do advogado. É necessário considerar-se a sua qualificação profissional,
- d) há situações específicas, como a dos juizados de pequenas causas, nas quais a exigência de sua presença pode inviabilizar a própria instituição.¹⁰⁰

3.2 A DEFENSORIA PÚBLICA

A presença do advogado, conforme determina a Constituição pátria, excluindo-se os casos que podem ser resolvidos nos tribunais de pequenas causas, ainda é de suma importância, como defendem os operadores do direito, dado o emaranhado de leis que compõem o nosso sistema jurídico.

Dessa forma, a presença de um advogado, para pequenas questões, só não será necessária, quando o cidadão de posse das noções básicas de seus direitos e deveres, recorrer aos juizados especiais disponíveis então em todas as jurisdições conforme determina a Constituição de 1988.

A essência do artigo 133 da Constituição Federal está reafirmada no artigo 134 que determina ser a Defensoria Pública “uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

E no seu parágrafo único determina que Lei complementar

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 43-44.

organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Tratando no artigo 135 de disciplinar as carreiras nas seções II e III do Capítulo e remuneração na forma do artigo 39, § 4º.¹⁰¹

Daí a entrar-se na essência da polêmica que cerca a legitimidade extraordinária do Ministério Público, especialmente no assunto alvo deste estudo que são os crimes sexuais.

O serviço de prestação de assistência jurídica integral e gratuita é um dever do Estado, que foi imposto pelo artigo 5º, inciso LXXIV, e nos termos da atual Constituição Federal, o órgão público que deve ser incumbido de prestá-la é a Defensoria Pública.

São garantias asseguradas na Constituição Federal de 1988, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assegurando-se aos acusados em geral o contraditório, a ampla defesa, bem como a assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos, custeada pelo Estado ou Poder Público (artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXIV).

O legislador de 1988 complementou tais garantias ao estatuir nos artigos 133 e 134 do Texto Constitucional que o advogado é indispensável à administração da Justiça, bem como ao instituir a Defensoria Pública da União,

¹⁰¹ § 4º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Estados e do Distrito Federal, incumbida da orientação e defesa jurídica das pessoas necessitadas (insuficiência econômica), em todos os graus. Previu ainda que Lei Complementar dos entes políticos (União, Estados e Distrito Federal) organizaria a Defensoria, inclusive provendo os cargos públicos de defensores mediante concurso de provas e títulos.

A Defensoria Pública pode ser conceituada como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme interpretação do artigo constitucional, correspondendo a uma manifestação e instrumento do regime democrático, cabendo-lhe a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa judicial em todos os graus de jurisdição e extrajudicial, de direitos, individuais e coletivos, titularizados por hipossuficientes econômicos.

A Constituição Federal de 1988 criou uma seção especial sobre a Advocacia e a Defensoria Pública, e é da própria Carta Magna que se extrai o conceito: “artigo 134: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”.

A Defensoria Pública é dotada de três princípios institucionais, que estão elencados no artigo 3º da Lei Complementar nº 80, de 1994. O princípio da unidade corresponde à afirmação de que a Defensoria Pública corresponde a um todo orgânico, sob uma mesma direção, mesmos fundamentos e mesmas finalidades. Pode um Defensor Público, ser substituído, no decorrer do processo, sem prejuízo para a atuação da Instituição.

Pelo princípio da indivisibilidade, deve-se entender que a Defensoria Pública, como um todo orgânico, não está sujeita a rupturas e fracionamentos; assim como, por independência funcional, deve-se entender que a Instituição é dotada de

autonomia perante os demais órgãos estatais, estando imune de qualquer interferência política que afete sua atuação, o que é demonstrado pela nomeação do Defensor Público–Geral dentre os componentes de carreira, a existência de um regime jurídico próprio dos Defensores Públicos, garantias e prerrogativas.

Os defensores públicos, conforme determina a Constituição Federal de 1988, são agentes políticos do Estado, ou seja, agentes públicos que executam atribuições determinadas na Constituição Federal, dependendo, para tal, de independência funcional e outras prerrogativas.

As funções institucionais da Defensoria Pública estão elencadas no artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 1994, correspondendo a uma enumeração não exaustiva, já que outras funções institucionais da Defensoria Pública podem decorrer das Constituições estaduais e das Leis complementares estaduais, que ao organizar a Instituição, não deverá limitar-se a repetir as atribuições estabelecidas na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, havendo possibilidades de elencarem novas funções, desde que compatíveis com a finalidade de sua atuação, que, da mesma forma, podem decorrer do exercício de sua atividade.

A orientação jurídica e a promoção de conciliações devem ser o foco dos trabalhos a serem desenvolvidos pelos Defensores Públicos.

A Defensoria Pública apresenta um papel importante, porque ela tem, ou deveria ter, uma influência direta na mudança do atual quadro social. Ela é um instrumento pelo qual se irá viabilizar o exercício, por parte de cada cidadão carente, dos direitos e garantias individuais que o Constituinte tanto se preocupou em assegurar aos brasileiros.

Obviamente não se faz necessário mencionar que há um enorme contingente de carentes que não são elegíveis para os programas públicos de

assistência jurídica. Essa população, não tendo condição de buscar serviço jurídico remunerado, fica basicamente desatendida e os serviços prestados pelas Defensorias Públicas são imprescindíveis. Em muitos dos Estados estão bem organizadas e atendem grande parte da demanda, oferecendo um serviço de excepcional qualidade. Enquanto que em alguns estados a instituição da Defensoria Pública Estadual não é uma realidade e alguns Estados não disponibilizam nenhuma forma de amparo aos necessitados no campo da assistência jurídica, embora sem a instituição de uma Defensoria Pública de carreira, prestam assistência jurídica através da Procuradoria do Estado.¹⁰²

Como exemplo, podem ser citados os escritórios de assistência, mantidos pelas Faculdades de Direito que já há algum tempo prestam serviços de justiça e orientação jurídica aos cidadãos em algumas comarcas, onde é grande a procura por justiça, em várias áreas de direito, e de onde saem compostos diariamente acordos, que, se tivessem que ir à demanda judicial sobrecarregariam ainda mais os Juizados, ou não se faria justiça, pois, em sua maioria, esses cidadãos não teriam com que pagar defensor e os altos custos Judiciais.¹⁰³

É a Defensoria Pública, assim, incumbida de conferir acesso à justiça para a grande maioria da população brasileira, privada das mínimas condições de vida digna. Como se trata de uma instituição nova – criada pela Carta

¹⁰² De acordo com o II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça, no Paraná, o serviço de assistência jurídica não está estruturado na forma da Constituição da República. Em Santa Catarina ainda não foi implantada, o mesmo ocorrendo com o Estado de Goiás. Após a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, duas Defensorias Públicas foram instaladas no Brasil: a do Rio Grande do Norte (criada em 2005) e a de São Paulo (criada em 2006). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/diagnostico.htm>

¹⁰³ Conforme dados constantes no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça Foram avaliadas 25 unidades federativas, e 16 mantêm convênios com alguma entidade para prestação de assistência jurídica gratuita. Atualmente, apenas não possuem convênio as Defensorias Públicas dos Estados do Acre, Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rio Grande do Sul e a Defensoria da União. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/diagnostico.htm>

Constitucional de 1988 – ainda sofre equívocos que a impede de exercer o seu papel de inserção social imprescindível à efetivação da Justiça.

Em comarcas onde não há instalada a Defensoria Pública¹⁰⁴, Ordem dos Advogados do Brasil dá contribuição para um bom atendimento do carente. Infelizmente, no entanto, por melhor que sejam esses serviços, o acesso à justiça, por falta de advogado, ainda constitui um grande problema para largas parcelas da população brasileira.

Sua atuação em favor dos necessitados pode ser claramente observada nos julgados nos quais se declara a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, erigida como órgão autônomo da administração da justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados,¹⁰⁵ sendo inconcebível que o Estado se exonere dessa obrigação constitucional.

No entanto, é relevante ressaltar que há um grande equívoco por parte da sociedade em geral ao entender que o desempenho da Defensoria Pública só interessa aos necessitados e, não, como de fato ocorre, à sociedade como um todo. Tal reducionismo provém da visão parcial da realidade constitucional e social brasileira, e do enorme contingente de brasileiros carentes e com acesso limitado à justiça, mas não há como se negar que a paz social interessa a todos. Direitos fundamentais não têm classes.

¹⁰⁴ De acordo com o II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, segundo informações prestadas pelos Defensores Públicos-Gerais, 996 comarcas são atendidas pela Defensoria Pública, o que corresponde a 39,7% do total de comarcas existentes no Brasil. Apenas em 6 unidades da Federação todas as comarcas são cobertas pelos serviços prestados pela Defensoria Pública: Amapá, Mato Grosso do Sul, Roraima, Distrito Federal, Acre e Paraíba.

¹⁰⁵ Artigo 134 e parágrafo único da Constituição Federal de 1988

3.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO - ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA

O denominado Parquet, de acordo com Alexandre Nery de Oliveira¹⁰⁶ tem origem nas antigas Procuradorias do Rei, quando o Promotor de Justiça representava o Rei junto aos Tribunais e promovia a acusação criminal dos que desrespeitassem o interesse real no âmbito penal ou correlato, representando-o, ainda, no âmbito cível, mas com a função precípua de fiscalizar a atuação dos juízes, que então proferiam a Justiça em nome do Rei.

Ainda segundo o autor, no Brasil, durante longo tempo o Ministério Público teve envolvimento direto com o Poder Executivo, notadamente no campo federal, enquanto acumulava as funções institucionais agora de representante da Sociedade e de Fiscal da Lei e de outro lado as de representante judicial do Estado (Poder Público), atividades que, vez por outra, colidiam entre si.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, define o Ministério Público, no "caput" do seu artigo 127, traçando suas demais características nos respectivos parágrafos 1º e 2º, a saber:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Reforma do Judiciário (VIII): funções essenciais à Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=222>>. Acesso em: 06 jan. 2007 .

Referindo-se às Cartas Constitucionais anteriores, Vigliar e Macedo

Júnior observam que:

[...] de uma maneira mais ou menos precisa, as diversas Constituições estabeleceram como era, nas não disciplinaram o que era e para que era o Ministério Público. Faltou sempre estabelecer quais eram as características fundamentais da instituição, dando-lhe uma definição precisa e determinando suas atribuições próprias.¹⁰⁷

Entendendo-se que no Brasil o Ministério Público é o órgão incumbido de defender os interesses da sociedade e de fiscalizar a aplicação e a execução das leis. Por isso, é vulgarmente conhecido como o guardião da lei. Representa o interesse social perante os órgãos judiciários, mas não se confunde com esses, possuindo natureza administrativa.

Os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública que se distinguem por serem funcionalmente independentes, promovem, postulam, pedem, impetram, litigam, porém não ordenam nem coordenam, sendo sua função essencial de promover a justiça.

A legitimação do Ministério Público é tratada historicamente nas constituições desde 1937, quando em seu artigo 99 determinava que

O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 61, § 1º, II, “d” diz que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como

¹⁰⁷ VIGLIAR, José Marcelo Meneses; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ministério Público II: Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 177-192.

normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O Ministério Público possui legitimação ativa decorrente do mandamento constitucional, uma vez que lhe incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127, caput, da Constituição Federal de 1988); preceituando também a Carta Magna (artigo 129) que são funções institucionais do Ministério Público, entre outras no inciso II, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, aos direitos consagrados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” e no inciso III diz: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O Ministério Público detendo a amplitude de atribuições para garantir a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, concretiza a concepção que, quando intervém no processo, não se basta apenas como coadjuvante de meio para solução de conflitos individuais, mas lhe confere dimensões mais amplas, dando um objetivo social à composição dos conflitos.

O legislador concedeu ao Ministério Público o poder de promover inúmeras ações, cabendo-lhe levar ao conhecimento do Judiciário as várias questões fáticas concedendo-lhe também alguns privilégios processuais.

Em se tratando do interesse público, há que se destacar que esse não se trata de interesse na acepção de interesse estatal, mas de interesse geral.

Quanto a esse caráter de essencialidade à jurisdição cabe evidenciar a afirmação de Hugo Nigro Mazzilli para quem isso diz menos do que deveria, segundo o autor:

O Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, no inquérito civil etc. [E, paradoxalmente] também diz mais do que deveria, pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos judiciais.¹⁰⁸

A essencialidade jurisdicional do Ministério público se materializa com sua atuação em diversos ramos do direito, ora como órgão agente, ora como órgão interveniente. O importante é que o Ministério Público atende ao que diz o artigo 129, IX da Constituição Federal, ressalvadas as exceções legais e constitucionais ditadas no artigo 128, §5º, II, b, da Constituição Federal.¹⁰⁹

Doutrinariamente há polêmica no que diz respeito à posição processual de parte do Ministério Público e sobre essa questão assim se expressa Paulo Cezar Pinheiro, citado por Victor Roberto Corrêa de Souza:

A controvérsia, no nosso entender, é falsa. Ser parte não é algo que se possa qualificar em tipos, dependendo do modo como ela atua, e sim o fato de alguém figurar no pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual com direitos, poderes e ônus. Do mesmo modo, não é o fato de uma pessoa figurar como parte na relação jurídica processual que irá obrigá-la, necessariamente, ao ataque ou defesa das questões existentes. Caso contrário, não se admitiria o reconhecimento do pedido, a renúncia ao direito, a contestação somente de algum ponto da lide e a aceitação de outros. (...) Ora, ser parte é ser parte simplesmente, sem necessidade de adjetivação. A lei é que definirá os limites de sua atuação seja no âmbito do processo penal, seja no do processo civil.¹¹⁰

Segundo Victor Roberto Correa de Souza:

O Código de Processo Civil concede privilégios ao Ministério Público como a não sujeição ao pagamento antecipado de custas processuais (também aplicável à sua atuação como custos legis), bem como o prazo contado em dobro para recorrer, e em quádruplo para contestar salientando a

¹⁰⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58.

¹⁰⁹ "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

¹¹⁰ PINHEIRO, Paulo Cezar apud SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: questões polêmicas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4866>>. Acesso em: 27 fev. 2006.

prerrogativa disposta na Lei de nº. 75/93, em seu art. 18, seja, o direito a ser intimado pessoalmente.¹¹¹

Afirma ainda o autor que “visto como parte no processo, o Ministério Público tem legitimidade para impetrar, de forma privativa, a ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, bem como do art. 24 de nosso Código de Processo Penal”.¹¹²

Neste mesmo contexto, a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos na forma do art. 5º da Lei nº 7.347/85 (ou seja, de forma concorrente), ressaltando Roberto Corrêa de Souza que:

Os interesses difusos e coletivos geram uma competência ministerial bastante ampla, requerendo a efetividade dessa concessão de competência por parte da jurisprudência, bem como por parte dos próprios representantes do Ministério Público.¹¹³

Dessa forma, segundo entendimento proporcionado pelo autor, o Ministério Público enquanto parte, poderá promover as mais variadas ações, desde que o objetivo seja proteger a lei e o cidadão.

A exigência da atuação do Ministério Público como órgão interveniente, vem da própria lei e ocorre também nas situações onde seja parte do processo, tendo os mesmos direito e poderes processuais das partes como afirma Humberto Theodoro Junior:

O Ministério Público, quando [...] atua como *custos legis*, apresenta-se como sujeito especial do processo ou do procedimento. Como destaca José Frederico Marques, ‘atua em nome próprio, para defesa de interesse que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada. Ou, ainda, sujeito especial que participa do processo, como viva vox de interesses da ordem jurídica a serem salvaguardados na composição da

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

lide.¹¹⁴

No que determina a Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”. Nesse sentido, conforme comentário de Vitor Roberto Correia de Souza “estas intervenções são de dois tipos: Ora o Ministério Público atuará *in ratione materiae*, ora *in ratione persona*”.¹¹⁵ Na primeira hipótese, diz o autor:

Desvinculado totalmente das partes em litígio, o Ministério Público atuará em vista da natureza do direito discutido e intervirá como fiscal de direitos e interesses tidos como indisponíveis para toda a sociedade, assim, será ele incumbido de velar pela primazia do interesse público.¹¹⁶

E conclui que “até pouco tempo atrás era um grande ponto de dissenso saber quem deveria dizer se havia interesse público a ensejar a intervenção do órgão ministerial”. Segundo ele, alguns juízes e doutrinadores argumentavam “ser da competência do Judiciário decidir pela presença ou não do interesse público justificador da presença ministerial”.¹¹⁷

Comenta ainda que “caso o juiz julgasse ser necessária a intervenção do Ministério Público, este nada podia fazer a não ser proferir sua opinião sobre a causa. Desse modo se apresentava uma forma de submissão do Ministério Público ao Judiciário”.¹¹⁸ Com a elevação institucional verificada com a Constituição Federal de 1988, em relação ao Ministério Público, essa celeuma não mais possui razão de existir.¹¹⁹

¹¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p.151.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 5.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

Para maior compreensão, traz-se o ensino de Sérgio Gilberto Porto citado por Vitor Roberto Correa de Souza quando este diz que há um consenso jurisprudencial sobre a questão, que uma vez identificado o interesse público, deverá o Juízo intimar o órgão para que este se pronuncie, não havendo, outrossim, cogência em torno da necessidade da intervenção efetiva. Resultando como consequência desta linha de orientação a posição de que compete ao Ministério Público definir sua efetiva participação ou não, em razão de sua absoluta soberania e independência.¹²⁰

Atuando *in ratione persona* o Ministério Público trabalha em defesa de determinados destinatários, declaradas pela lei como é o caso de incapazes, indígenas, acidentados de trabalho, portadores de deficiência, entre outras porque buscará nestes casos o interesse público (custos legis) correlacionado às lides sob sua intervenção conforme determinam os artigos 82 e 83 do Código de Processo Civil.¹²¹

Outros exemplos de atuação interveniente são dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, de forma esparsa, desde as ações públicas em geral àquelas que se referem à propriedade, aos bens e família, bem como as ações coletivas ou individuais que discutam o bem estar da sociedade e se harmonizem

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 5.

¹²¹ Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (Redação dada pela Lei nº 9.415, de 23.12.1996)

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade."

com o Código Civil vigente e não firam os princípios constitucionais.¹²²

Induvidosamente, a Constituição federal de 1988, além de espelhar o significativo avanço do Ministério Público, representou um grande crescimento do papel desse órgão na organização do Estado e na consolidação da democracia.

A antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que estabelecia normas gerais a serem adotadas nos Estados, previa, como um dos deveres de seus membros, “prestar assistência judiciária aos necessitados, onde não houver órgãos próprios”¹²³, dever desaparecido com o advento da atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.¹²⁴

A história mais recente da Defensoria Pública tem a sua gênese no Ministério Público, onde se iniciava a carreira de Promotor de Justiça como Defensor Público.¹²⁵

Essa realidade somente foi alterada após o advento da Constituição Federal de 1988 e a posterior edição da Lei Orgânica do Ministério Público, em 1993.

Assim, atualmente, não possui o Ministério Público, ainda que supletivamente (como acontecia anteriormente) o dever ou a atribuição de defender o hipossuficiente, tarefa reservada constitucionalmente à Defensoria Pública.

Impende ressaltar que nem mesmo nos Estados, onde a Defensoria Pública não tenha sido estruturada, o Ministério Público detêm legitimidade para defender aqueles que não possam pagar advogado, situação flagrantemente inconstitucional, salvo quando se tratar de direitos indisponíveis.

¹²² SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *Op. cit.*

¹²³ Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981.

¹²⁴ Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

¹²⁵ Exemplo desse modelo, nós tivemos no Rio de Janeiro e em Mato Grosso do Sul.

4 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS

A discussão acerca do cabimento ou não da ação penal exclusivamente pública resume-se nas hipóteses previstas no Código Penal, em seu artigo 225, § 1º, II (se o crime for cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador), artigo 223 (se da violência resulta lesão corporal de natureza grave) e artigo 223, parágrafo único (se do fato resulta a morte), uma vez que, em princípio, tais atos contra os costumes são de iniciativa privada, nos termos do caput do artigo 225 do Código Penal.

Nas três hipóteses acima mencionadas, a ação penal será pública incondicionada, porquanto o artigo 225 está situado no Capítulo IV do Título VI da parte Especial do Código. Ora, dispondo aquele artigo serem de ação privada os crimes definidos nos capítulos anteriores, forçoso concluir que não se referiu às hipóteses previstas no artigo 223, pois este dispositivo não se encontra nos “capítulos anteriores”, mas no mesmo capítulo em que está situado o artigo 225. Em consequência, as hipóteses previstas no artigo 223 são de ação pública incondicionada.

A outra hipótese de ação não suscita nenhuma indagação quanto à sua natureza privada, embora possa tornar-se pública condicionada à representação do ofendido, nos termos do art. 225, § 1º, II, c.c. o seu § 2º, do Código Penal:

Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

(...)

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Tourinho Filho argumenta que se o crime de estupro, na sua forma singela, fosse de ação pública incondicionada, como o é quando qualificado, o legislador, no artigo 223 do Código Penal, teria dito: “Se da violência resulta lesão corporal ou morte” No entanto, outra é a redação: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave”. Assim, em face do artigo 225, *caput*, parece claro que, no crime de estupro, se da violência empregada resulta lesão corporal leve, o crime será de ação privada, se a ofendida tiver posses, ou de ação pública subordinada à representação, se pobre for.¹²⁶

Devido a tal desencontro de interpretação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se da violência empregada no estupro resultasse lesão corporal leve, o crime seria, também, de ação penal pública, e tal decisão foi solidificada na Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Tourinho Filho, após tecer críticas ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, conclui que:

Em face do art. 88 da Lei n. 9099/95 subordinando a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa à representação, nenhuma aplicação poderá ter a regra do art. 101 do CP e, de consequente, ao que tudo indica, a Súmula 608 perdeu a sua importância.¹²⁷

Danielle Martins Silva apoia-se no ensino de Frederico Marques e diz que “o desacerto em se atribuir o exercício da ação penal ora ao ofendido ora ao Ministério Público se acentua devido aos princípios regedores de uma e outra ação”.¹²⁸

¹²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 357.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ SILVA, Danielle Martins. *Fundamentos da ação penal privada nos crimes contra os costumes: uma abordagem crítica*. Disponível em www.ibccrim.org.br, 03.10.2003.

Isto porque, de acordo com o entendimento da autora, a ação penal pública submete-se aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, que impõe ao seu titular o poder-dever funcional de promovê-la sempre que presentes a justa causa e demais condições da ação, sendo vedada a desistência, de acordo com o artigo 42 do Código de Processo Penal, enquanto a ação penal privada, a seu turno, é regida pelo princípio da oportunidade, que confere ao titular plenos poderes de disposição sobre a atividade acusatória, a faculdade de proceder, a qualquer momento, como melhor lhe aprouver; pode optar pela não propositura da ação penal e deixar que seu direito seja alvejado pela decadência; pode renunciar ao direito de queixa, tácita ou expressamente; pode perdoar o acusado, mesmo depois de instaurado o processo ou ainda, deixar ocorrer a perempção da instância.¹²⁹

De acordo com a autora há divergências em relação a sua aplicabilidade, discutindo a doutrina pátria se a ação penal nos crimes de estupro com violência real é pública ou privada. Tradicionalmente, os autores, bem como a jurisprudência, vêm dando dupla interpretação quanto a aplicabilidade da Súmula 608 do STF aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados mediante violência real.¹³⁰

A primeira corrente defende que nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência real (vias de fato ou lesão corporal leve), aplica-se a Súmula 608 do STF, plenamente em vigor¹³¹.

Os adeptos dessa corrente, segundo Danielle Martins Silva, utilizam-se do que dispõe o artigo 101 do Código Penal, parte geral, que se refere a ação

¹²⁹ SILVA, Danielle Martins. *Op. cit.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Súmula 608: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 17/10/1984. Fonte de Publicação: DJ de 29/10/1984, p. 18113; DJ de 30/10/1984, p. 18201; DJ de 31/10/1984, p. 18285.

penal no crime complexo, para justificar a aplicação da referida súmula.¹³² Dessa forma, praticado o crime de estupro mediante violência real, consistente, tipificado como lesão corporal leve, se afigura 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, descrita no artigo 129, caput, do Código Penal).

Com a edição da Súmula 608, o Supremo Tribunal Federal confirmou sua posição de que o artigo 101 do Código Penal 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.

Conforme ensinam Zaffaroni e Pierangeli, relativamente à aplicabilidade da já referida Súmula, “Os crimes contra a honra e contra os costumes são, em regra, submetidos à ação penal privada, mas é o próprio código que estabelece a exceção”. Em relação aos crimes sexuais violentos, o artigo 101 prevalece sobre o artigo 225, e, nesse sentido, “pouco importa, pois, que se trate de lesão corporal de natureza grave ou leve. Aqui, a ação penal é sempre pública”.¹³³

Marcos Brant Gambier Costa apoiando-se no ensino de Flávio Augusto Monteiro de Barros reconhece a relevância do estudo da ação penal no crime complexo, que é arrefecida pelo que dispõe a regra do artigo 100, mas assevera que tal relevância está ligada à forma de composição dos crimes de estupro. De acordo com o autor, Flávio Augusto Monteiro de Barros defende ainda que, “na linguagem do artigo 101 do Código Penal, crime complexo é o que tem

¹³² *Op. cit.*

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 778.

como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes”.¹³⁴ Nos artigos 213 e 214, cometidos com violência real, dentro dos respectivos tipos penais, apresentam-se outros fatos que, isoladamente constituem crimes, quais sejam, artigos 129 (lesão corporal), 146 (constrangimento ilegal) e 147 (ameaça).

Sobre a questão Julio Fabbrini Mirabete assevera que,

a solução mais adequada é a manutenção da Súmula 608, não com fundamento no artigo 129 do Código Penal, em que se exige a representação para a ação penal pelo crime de lesões corporais leves, mas com base no artigo 146 do mesmo Estatuto, uma vez que o constrangimento ilegal, apurado mediante ação penal pública incondicionada é, indiscutivelmente, elemento constitutivo do crime de estupro e atentado violento ao pudor.¹³⁵

Uma segunda corrente defende que a ação penal nos crimes sexuais com violência real é sempre de iniciativa privada (resguardadas as exceções do parágrafo 1º e 2º do artigo 225 do Código Penal), 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 artigo 101 do Código Penal ao crime de estupro praticado com violência real, resultando, portanto, de flagrante impropriedade a Súmula 608 do STF.

Há por outro lado, doutrinadores que não seguem ou discordam do referido na Súmula 608, como é o caso de Celso Delmanto:

Entendemos que a regra do artigo 225 deveria preponderar sobre a do artigo 101, e não o contrário. Firmamos nosso posicionamento pela consideração de que o artigo 101 é inaplicável aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, pois nenhuma dessas duas figuras penais é, em verdade, crime complexo [...].¹³⁶

¹³⁴ COSTA, Marcos Brant Gambier. Ação penal nos crimes contra os costumes: inaplicabilidade da Súmula 608 do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1058>>. Acesso em: 24 jul. 2006 .

¹³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito Penal*, Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

¹³⁶ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado e legislação complementar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Argumenta ainda o autor que mesmo que se entenda o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes complexos, a regra do artigo 225 é de natureza especial, prevalecendo sobre a norma geral do artigo 101, ambos do Código Penal.

Para Guilherme de Souza Nucci a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula 608, advém de política criminal: “Diante da gravidade do fato e da vontade de camuflar o crime, atitude geralmente presente por parte da vítima, deliberou a Suprema Corte ser o crime de ação pública incondicionada”.¹³⁷

Damásio E. de Jesus entende “que o artigo 101 não pode ser aplicado à questão simplesmente porque o estupro não é delito complexo”.¹³⁸ Como exemplo dessa espécie apresenta-se o estupro, compreensivo do constrangimento ilegal e ulterior elemento da conjunção carnal, que em si mesmo não constitui delito.

Para o renomado jurista, se o delito complexo, de acordo com a normatividade penal brasileira, é constituído da reunião de dois ou mais crimes, e se no estupro tem-se apenas o constrangimento ilegal (art. 146 do CP) acrescido da conjunção carnal (que em si mesmo não configura crime), conclui-se que o estupro não é delito complexo. Afastada, portanto, a incidência do art. 101, que trata da ação penal por crime complexo, a ação penal por delito de estupro com lesão corporal leve, que não é complexo, é regida pelo artigo 225, caput, do Código Penal, ou seja, é de natureza privada.¹³⁹

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 478

¹³⁸ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 291.

¹³⁹ *Ibid.*

A controvertida posição da doutrina pela prevalência do art. 225 sobre o art. 101 do Código Penal, quando da análise da ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, chama a atenção para o fato de que a Súmula 608 do STF, não tem razão de ser ante a inexistência de crime complexo nos casos dos delitos dos artigos 213 e 214 do Código Penal, cometidos mediante violência real (lesão corporal leve e vias de fato), sobretudo pela superveniência do artigo 88 da Lei 9009/95¹⁴⁰ preceitua ser condicionada à representação do ofendido a ação penal no crime de lesões corporais leves.

Para Júlio Fabbrini Mirabete: “a superveniência da Lei nº 9.099/95, por força de seu art. 88, que passou a exigir a representação no crime de lesões corporais leves, tornaria discutível a vigência desta súmula”.¹⁴¹

A defesa pela vigência da citada súmula é fundamentada na complexibilidade do crime de estupro cometido mediante violência, e como tal se enquadra em três artigos (129, 146 e 147) do Código Penal, que são passíveis de diferentes tipos de ação, ou seja, o artigo 129 requer ação penal pública condicionada, no artigo 146 a ação penal é pública incondicionada e o artigo 147 a ação penal é de iniciativa privada, sendo que dentro de tal entendimento justifica-se sua aplicabilidade pelo disposto no art. 101, do Código Penal, *in verbis*: “Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

¹⁴⁰ “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.”

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 371/372

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o tema, concluiu pela vigência da Súmula 608 do STF, aduzindo que “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 artigo 88, da Lei n. 9.099/95”.¹⁴²

Nessa mesma linha de entendimento firmou-se o Supremo Tribunal Federal, deixando assentado que “o advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 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”.¹⁴³

Assim, em que pesem as discussões doutrinárias, a jurisprudência firmou-se pela vigência da Súmula 608 do STF.

¹⁴² HC 7.910/PB, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 20.10.1998, DJ 23.11.1998. Nesse mesmo sentido: REsp n. 171426/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 05.03.2002, DJ de 01.04.2002, p. 227

¹⁴³ HC 82206/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 08.10.2002, DJ de 22.11.2002, p. 83. Nesse mesmo sentido, a anterior decisão: HC 72.088/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 14.03.1995, DJ de 06.10.1995, p. 33130

5 A VÍTIMA E SEUS DIREITOS

Vítima vem do latim "*victima*", "ae", significando a pessoa ou animal sacrificado ou que se destinaria a um sacrifício. E nesse contexto tem-se a visão antropológica de vítima conhecida em Gênesis, cap. 22, 5-9: "Meu pai. E ele respondeu: que queres, filho? Eis, disse (Isaac), o fogo e a lenha, (mas) onde está a vítima para o holocausto? E Abraão respondeu: Meu filho, Deus providenciará a vítima para o seu holocausto"

Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira define vítima como:

Criatura viva imolada em holocausto aos deuses; Pessoa arbitrariamente condenada à morte, ou torturada, violentada; Pessoa sacrificada aos interesses ou paixões alheias. Pessoa ferida ou assassinada. Pessoa que sofre algum infortúnio, ou que sucumbe a uma desgraça, ou morre num acidente, epidemia, catástrofe, guerra, revolta, etc. Tudo quanto sofre qualquer dano. (Jur.) Sujeito passivo do ilícito penal; paciente; Pessoa contra quem se comete crime ou contravenção.¹⁴⁴

São várias as definições didáticas de vítima, mas segue-se nesse estudo a conceituação doutrinária de estudiosos como Carlos Santiago Caramuti que entende por vítima "o sujeito passivo do delito, ou seja, é o titular do bem jurídico protegido (vida, integridade física, honra, liberdade, propriedade, etc)". Diz ainda que a "terminologia processual determina como vítima, o ofendido penalmente pelo delito".¹⁴⁵

O conceito de vítima sofreu alterações ao longo do tempo e de acordo com o enfoque de cada criminólogo que se dedicou ao estudo do tema. Todavia, a Declaração sobre os princípios fundamentais de Justiça para as vítimas

¹⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Atualizada em 2005 via Internet.

¹⁴⁵ CARAMUTI, Carlos Santiago. Dogmática e política Criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal. In: Ciências Penales Contemporâneas. *Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología*, p. 32.

de delitos e abuso do poder, extraída dos debates realizados no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, em Milão, Itália, no ano de 1985, esclarece que vítima é a pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido dano, inclusive lesão física ou mental, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados Membros, ou que, mesmo não ofensivas às leis penais nacionais, contrariem normas internacionalmente reconhecidas relativas aos direitos humanos.

Inferindo-se pelo estudo doutrinário que o conceito de vítima pode ser apresentado levando-se em conta vários sentidos, ou seja, no sentido de sua origem, onde se designa a pessoa ou animal sacrificando à divindade; no sentido geral, no qual a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos atos de outros, ou do acaso. O conceito jurídico-geral caracteriza a vítima como aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; e no sentido jurídico penal restrito tem-se como vítima o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal e finalmente num sentido Jurídico-penal-amplio que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.

A Lei n. 9.099/95 é apontada pelos doutrinadores, dentre eles Luiz Flávio Gomes, como o "Modelo Consensual de Justiça Criminal", onde as fundamentais reivindicações da vitimologia são realçadas, notadamente por meio da "reparação dos danos". Sustenta referido autor, em sintonia com Thaís Vani Bemfica e Ana Sofia Schmidt de Oliveira, a "redescoberta" da vítima, pois, segundo eles, a contar do momento em que o Estado monopolizou a distribuição da justiça, a vítima

foi neutralizada, desprezando-se os efeitos por ela sofridos em decorrência da ação delituosa.¹⁴⁶

O ofendido pelo crime, sujeito passivo da relação jurídico-penal, normalmente não integra a relação jurídico-processual penal, salvo nas ações penais de iniciativa privada quando poderá, em nome próprio, oferecer queixa-crime.

Já nas ações penais públicas (a grande maioria), porém, a vítima desempenha um papel absolutamente secundário. Mesmo que se habilite como assistente de acusação, ainda assim, tem suas atividades bastante reduzidas, não podendo sequer interpor todos os recursos previstos na legislação processual¹⁴⁷.

García-Pablos relata que a vítima do delito experimentou um secular e deliberado abandono, ressaltando que no denominado “Estado Social de Direito”, ainda que pareça paradoxal, as atitudes reais em favor da vítima do delito oscilam entre a compaixão e a demagogia, entre a beneficência e a manipulação.

Para o citado autor espanhol:

O sistema legal define com precisão os direitos – *status* – do infrator (acusado), sem que referidas garantias em favor do presumido responsável tenha como lógico correlato uma preocupação semelhante pelos da vítima. O Estado – e os poderes públicos – orienta a resposta oficial ao delito com base em critérios vingativos, retributivos (castigo ao culpável), desatendendo às mais elementares exigências reparatórias, de maneira que a vítima resulta relegada a um total desamparo, sem outro papel que o de puramente “testemunhal”.¹⁴⁸

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano secundário, inclusive pela inexistência de dispositivos que possam assegurar os seus direitos, atingidos pela ação criminosa.

¹⁴⁶ PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. *Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor*. Disponível em www.jus.com.br

¹⁴⁷ Veja-se, a propósito, o artigo 271 do Código de Processo Penal.

¹⁴⁸ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65/66.

O que ocorre é que a lide penal se consubstancia, basicamente, no conflito entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do acusado (*status libertatis*). Neste contexto, a vítima não é considerada como um sujeito de direitos, mas como mero objeto ou pretexto da investigação.

Contudo, com o surgimento da Lei nº. 9.099/95, privilegiou-se o sujeito passivo do crime, dando-se extrema importância à reparação civil dos danos (arts. 72 e 89, § 1º, I), chegando a se eleger como um dos objetivos da lei a reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 62, *in fine*).

Sobre a questão, diz Luiz Flávio Gomes: a vítima é encarada como mero objeto, dela se esperando que cumpra seu papel testemunhal, com todos os inconvenientes e riscos que isso acarreta.¹⁴⁹

Ensina ainda o autor, que nos primórdios da vivência do direito, a vítima e sua família ocupavam uma posição privilegiada. A elas se facultava requerer a vingança ou a compensação. Com a evolução social e política, o Estado passou a ser o titular da *persecutio criminis*, migrando a vítima de uma posição central para uma posição periférica.¹⁵⁰

No modelo clássico de Justiça Criminal, a vítima transformou-se em mero sujeito passivo de uma infração da lei do Estado. A reparação dos danos sempre representou, em geral, o efeito civil do delito (reparação civil *ex delicto*), sem afetar em nada a pretensão punitiva estatal. Aliás, é visível a ausência de coercibilidade da reparação do dano à vítima, senão após os intrincados procedimentos postos à sua disposição, o que, na maioria das vezes, dada a complexidade e morosidade, frustra o ressarcimento e as expectativas da vítima.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *A Vitimologia e o Modelo Consensual de Justiça Criminal*. RT 745/423.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Também é de se registrar que, quase sempre, o infrator integra grupos de marginalizados, bem como família com renda abaixo da linha de pobreza, constituindo um outro fator a acenar desfavoravelmente à reparação.¹⁵¹

Para Sandra M. N. de Souza Pequeno, nessa "redescoberta" da vítima, desponta o art. 245 do Texto Constitucional, o qual estabelece: "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito".

Na dicção de Luiz Flávio Gomes, a vitimologia reclama que o novo modelo de legislação criminal seja comunicativo e resolutivo.¹⁵² Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos, etc., de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto, por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*).

À reparação dos danos deve ser atribuída eficácia penal despenalizadora, obedecendo ao princípio de intervenção mínima ou de *ultima ratio* do Direito Penal. O Código Penal, no art. 91, I, estabelece que a condenação na esfera criminal torna certa a reparação do dano causado à vítima¹⁵³. E ainda, que a reparação do prejuízo à vítima, antes da propositura da ação penal, possibilita a

¹⁵¹ PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. *Op. cit.*

¹⁵² RT 745/425

¹⁵³ A reparação do dano é prevista como condição para concessão da Suspensão Condicional do Processo (art. 89 da Lei 9.099/95), Suspensão Condicional da Pena e Livramento Condicional (arts. 78, § 2º, e 83, IV, do Código Penal, respectivamente), desde que o condenado possua condições econômicas e financeiras de suportar a satisfação do prejuízo causado.

redução da pena, bem como constitui atenuante da reprimenda, nos termos dos arts. 16 e 65, III, b, do aludido Código.

Incontestavelmente, o sistema penal não prevê uma prioridade na tentativa de reparação do dano pelo acusado. É necessário que seja resguardada a vítima, responsabilizando aquele que praticou o delito.

A regra geral, nos crimes havidos com violência, é a de que as vítimas não queiram nenhum contato com o acusado, pois temem represálias, e o fato de terem estado em contato direto com ele, quando do ilícito, permite-lhes avaliar o grau de periculosidade que ele oferece, uma vez que a reparação deve ser solicitada, as vítimas sentem-se ameaçadas e desamparadas, deixando de reivindicar seus direitos.

Seria extremamente aceitável que a nossa legislação penal processual contemplasse outros direitos à vítima, acautelando seus interesses e prevenindo seus temores.

6 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Os tribunais brasileiros têm papel importante na elaboração dos suportes conceituais relativos à assistência jurídica especialmente diante dos crimes contra os costumes e que afetam diretamente aos menos favorecidos.

Segundo Jose Alfredo Baracho a jurisprudência assenta-se nos valores constitucionais da igualdade e da solidariedade, valores estes que consolidam e asseguram o exercício dos direitos sociais e individuais. A liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são apresentados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.¹⁵⁴

Os julgados levados a termo nas diversas instâncias decorrem das solicitações e devidas opiniões, em respeito sempre ao reconhecimento da lei, embora possam eventualmente surgir opiniões divergentes. É nos tribunais que se assegura o princípio fundamental, ou seja, cidadania, dignidade da pessoa, valores que constroem uma sociedade justa, prevalecendo os direitos humanos.

Em decisão de 23 de março de 1994, o Supremo Tribunal Federal, ampliou a possibilidade no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados¹⁵⁵.

¹⁵⁴ BARACHO, José Alfredo. *Teoria da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

¹⁵⁵ HC 70.514/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 23.03.1994, DJ 27.06.1997, p. 30225.

Na dicção do relator do feito, a inconstitucionalidade do prazo em dobro conferido à Defensoria Pública não poderia ser aceita, “ao menos até que a sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público”.

Vê-se, portanto, que afirmação sobre a constitucionalidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo, pelo que, uma vez concretizada essa circunstância, torna-se perfeitamente possível a declaração de inconstitucionalidade do referido prazo em dobro.

Posteriormente, essa teoria foi aplicada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 147.776¹⁵⁶, ocasião em que o tema voltou a ser discutido, já agora sobre a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil *ex delicto*, prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal.

Em razão do seu expressivo conteúdo didático e pela importância que encerra, torna-se importante a transcrição do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

A questão deste RE está em saber à luz do art. 129, IX, da Constituição, se foi recebido pela ordem constitucional vigente o art.68 do Código de Processo Penal e, em consequência, se o Ministério Público retém a atribuição nele prevista – e a consequente legitimação *ad causam* ou capacidade postulatória, conforme seja ela entendida – para promover, a

¹⁵⁶ Ementa: “Ministério Público: Legitimação para a promoção , no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: Código de Processo Penal, artigo 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): o processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realizada fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Coconstituição de 1998, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, do Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou cada Estado considerado - , se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, do Código de Processo Penal, será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328”

requerimento do interessado, a execução civil da sentença penal condenatória (CPP, art. 63) ou ação civil de reparação de danos *ex delicto* (art. 64), quando for pobre o titular da pretensão.

(...)

De logo, estou convencido de que a tese do Ministro Marco Aurélio – a de não caber a atribuição questionada na norma de encerramento do art. 129, IX, da CF, por ser ela incompatível com as finalidades institucionais do Ministério Público – passa necessariamente – como ficou explícito no voto de S. Exa. – pelo art. 134 da Lei fundamental, que erige também a Defensoria Pública em **“instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”**.

Do fato de ser a reparação do dano resultante do crime, quando sofrido por particular, um direito privado, patrimonial e disponível, não posso extrair a inexistência de um interesse social em que se propicie ao lesado, quando desprovido de recursos, o patrocínio em juízo de sua pretensão: prova-o o art. 245 da Constituição – que, segundo as considerações de Ada Grinover, lembradas pelo Ministro Celso de Mello – se alinha à preocupação internacional com a proteção da vítima de atos criminosos, **“que transcende à satisfação pessoal, para inserir-se no quadro dos interesses que afetam a comunidade como um todo e o próprio Estado”**.

O aludido art. 245 da Constituição impôs ao Poder Público o dever de assumir a “assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”: parece óbvio que, se a efetivação desta reclama assistência judiciária – independentemente da previsão geral do art. 5º, LXXIV – o Estado há de propiciá-la, em nome de um interesse social específico, qualificado pelo preceito da Lei Fundamental.

Não obstante – como acentuou o em. Ministro Rezek – se há outra instituição do Estado voltada a esse mister, não há como explicar se imponha ao fardo do Ministério Público **“algo que não é ínsito às suas tarefas”**.

Redargúi, é certo, o Ministro Celso de Mello que a Constituição não outorgou às atribuições da Defensoria Pública o predicado da exclusividade. O argumento, *data venia*, não se me afigura decisivo.

Quando a Constituição cria uma instituição e lhe atribui determinado poder ou função pública, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado. **“A adjudicação de prerrogativas diferentes a entidades distintas”** – ensinou Ruy (Comentários à Constituição Federal, col. H.Pires, I/408) – , **“imprime ipso facto o caráter de usurpação ao ingresso de uma no domínio da outra”**.

Certo, no julgamento liminar da ADIn 558, de 16.8.91 (RTJ 146/434, 438) de que fui relator, entendeu o Plenário, na linha do meu voto, que não usurpava a função do MP de promover a ação civil pública para a proteção de interesses coletivos a atribuição da Defensoria Pública do seu patrocínio, quando propostas por entidades civis destinadas à sua defesa: é que, no ponto, ao passo que ao Ministério Público se outorgou legitimação ativa ad causam, para agir em nome próprio, à Defensoria Pública, ao contrário, o que se conferiu foi a atribuição, tipicamente sua, de assistência judiciária a terceiros, concorrentemente legitimados com o Ministério Público para aquele tipo de demanda.

O mesmo, entretanto, não parece ocorrer na hipótese do art. 68 do Código de Processo Penal: aqui, a subordinação da ação do Ministério Público ao requerimento do interessado indica cuidar-se de patrocínio em juízo de demanda alheia e não de legitimação extraordinária para a causa.

Impressionaram-me, contudo, na discussão que antecedeu o pedido de vista, as ponderações acerca da precariedade de fato, na maioria dos Estados, do funcionamento da assistência judiciária.

Por isso, chegou-se a aventar – salvo engano em intervenção do em. Ministro Moreira Alves –, a possibilidade de condicionar-se o termo vigência do art. 68 do Código de Processo Penal a que já exista órgão de assistência judiciária, no *forum* competente para cada causa.

A sugestão se inspira na construção germânica do processo de inconstitucionalização da lei (cf. Gilmar F. Mendes, **Controle de Constitucionalidade**, 1990, p. 88ss.; J.C. Béguin, **Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois en R. F. d'Allemagne**, 1982, p. 273 ss.; Wolfgang Zeidler, relatório VII Conf. dos Tribunais Constitucionais Europeus, em **Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas**, Lisboa, 1987, 2ª parte, p. 47, 62 ss).

Tenho o alvitre como fértil e oportuno.

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União no da maioria das Unidades da Federação.

Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de “**assistência jurídica integral**” (art. 5º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de 1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria. Com membros dotados da garantia constitucional da inamovabilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que em cumprimento do art. 134 da Constituição, “**organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para que sua organização nos Estados**”. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (Art. 6º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de “**requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias aos exercício de suas atribuições**” (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

A Defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar,

um equipamento institucional incomparável – em termos de adequação às suas funções típicas -, ao dos agentes de outros organismos públicos – a exceção da Procuradoria de diversos Estados – , aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68 do Código de Processo Penal – ao confiá-lo ao Ministério Público – , erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatoria do lesado pelo crime.

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – , se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, e o art. 68 do Código de Processo Penal será considerado ainda vigente.

O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.¹⁵⁷

Entretanto, essa progressiva transferência de atribuições do Ministério Público para a Defensoria Pública não se resume, unicamente, à hipótese de legitimação extraordinária para promover a ação civil para ressarcimento do dano decorrente do ato criminoso.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo arcabouço jurídico, onde a Defensoria Pública foi consagrada como função essencial à função jurisdicional do Estado e destinada à defesa dos necessitados.

Tal circunstância retirou do Ministério Público a legitimidade para defender as pessoas quando o único elemento discriminador é falta de recursos econômicos.

Com efeito, o artigo 134 da Constituição Federal de 1988 considera a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados,

¹⁵⁷ De acordo com o II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça, a Defensoria Pública de São Paulo foi criada e instalada em 2006. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/diagnostico.htm>

estando prevista sua organização em todo o território nacional, não se justificando mais conferir legitimidade ao Ministério Público para intentar as ações penais, em que a vítima ou seus pais não possa pagar advogado ou as custas processuais.

A legitimidade do Ministério Público, em tais casos, ofende o princípio da isonomia, não se justificando o sacrifício do direito à privacidade, cuja fruição deve ser assegurada tanto aos ricos, quanto aos pobres.

Salvo engano, os únicos doutrinadores a abordarem a inconstitucionalidade progressiva da legitimação conferida ao Ministério Público, no caso do art. 225, § 1º, I, do Código Penal, foram os autores Rubens R. R. Casara e Mylene G. P. Vassal.

Em seu trabalho, os citados autores afirmam:

Vê-se que o tratamento diferenciado gera reflexos tanto na esfera da vítima quanto do acusado. Os efeitos processuais dessa distorção acabam por representar nova exclusão daqueles que protagonizam o drama que origina o processo penal. Por um lado, priva-se o acusado de legítimas possibilidades de ver prevalecer seu *status libertatis*, por outro suprime-se da vítima pobre uma das formas de exercício da cidadania no campo penal. Vitimizada por sua condição social e pelo crime, a ofendida é, ainda, furtada de faculdades processuais, o que a torna, por vezes, refém do processo. O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, à medida que a Defensoria Pública foi se estruturando no estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da carta Magna para prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos arts. 134 e 129, a contrario sensu, da Constituição da República, para percebermos que o art. 225, § 1º, inc. I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado.

Sem dúvida, a assistência técnica de defensor público habilitado em concurso público, garante à ofendida (e à sociedade) meios legítimos de ver prevalecer a pretensão punitiva.

Por outro lado, nos lugares em que a Defensoria Pública não estiver estruturada, nada obsta que o Parquet faça suas vezes. Todavia, tal situação estaria subordinada aos princípios que regem a persecução penal de iniciativa privada e teria natureza provisória. Nessa hipótese, surgiriam dois fenômenos do moderno constitucionalismo: a) a inconstitucionalidade parcial, posto que a situação econômica da ofendida não é causa constitucionalmente adequada da principiologia que rege a ação penal; b) a inconstitucionalidade progressiva da legitimação do Ministério Público. Ou seja, na medida em que as Defensorias Públicas forem se sedimentando no território nacional, a atuação do Ministério Público passa a retratar

usurpação de função e afronta às diretrizes do texto maior.¹⁵⁸

Por outro lado, e aqui também excepcionando eventual engano, a jurisprudência ainda não enfrentou o tema, sobrevivendo inúmeras decisões em relação a velhas questões discutidas e já pacificadas (prova da miserabilidade, desnecessidade de formas sacramentais em relação à manifestação da vítima), as quais demonstram, na hipótese, uma postura bastante liberal em matéria de prova, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal.

Confira-se no STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA POBRE E MENOR DE QUATORZE ANOS. AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. MISERABILIDADE DA VÍTIMA E DE SUA FAMÍLIA DEMONSTRADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PERDÃO DO OFENDIDO. IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO PENAL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Nos crimes contra os costumes, uma vez atestada a pobreza da vítima pela autoridade policial ou por outros meios de prova, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação, tendo o Ministério Público legitimidade para oferecer a denúncia. Inteligência do art. 225, § 1º, do Código Penal.

Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal, bastando a sua manifestação de vontade para que se promova a responsabilização do autor do delito.

O perdão do ofendido, seja ele expresso ou tácito, só é causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada.

Ordem DENEGADA.¹⁵⁹

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO-COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO.

1. O art. 225, § 1.º, do Código Penal, dispõe que a ação penal será pública condicionada à representação se a vítima ou seus genitores não tiverem condições de custear as despesas processuais, sem a provação de

¹⁵⁸ CASARA, Rubens R.R., VASSAL, Mylene G.P. *Miserabilidade e ação penal: uma (re)leitura constitucional*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 8-9, jun. 2003.

¹⁵⁹ STJ, HC 45417/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, 6ª Turma, j. 17.08.2006, DJ 25.09.2006, p. 311.

recursos indispensáveis à manutenção da família.

2. A representação, que dispensa qualquer rigor formal, supre-se com a demonstração inequívoca de interesse na condenação do acusado.

3. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, imposição de formalidade específica para a comprovação da miserabilidade da família da vítima, a qual pode se dar pela simples declaração verbal ou até pela notoriedade do fato, não sendo imprescindível a apresentação do atestado de pobreza. Precedentes do STJ.

4. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

5. Narrando a denúncia fatos configuradores de crimes em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na via do habeas corpus, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

6. Recurso desprovido.¹⁶⁰

Confira-se no STF:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. MISERABILIDADE DA VÍTIMA. OFERECIMENTO TARDIO DA REPRESENTAÇÃO. "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". VIOLÊNCIA PRESUMIDA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. I - São processados por meio de ação penal pública condicionada à representação, os crimes contra a liberdade sexual cometidos contra vítima que não pode suportar as despesas do processo. II - A miserabilidade da vítima prescinde de demonstração formal, podendo, inclusive, ser presumida. III - O oferecimento da representação, condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada, não exige requisito formal, podendo ser suprida pela manifestação expressa da vítima ou de seu representante, no sentido do prosseguimento da ação penal contra o autor. IV - Se a vítima, apesar de menor, demonstra interesse no prosseguimento da persecução penal, a representação formal, oferecida por curador especial após o oferecimento da denúncia, supre a formalidade, já que ratifica a manifestação anterior. Inexistência de nulidade se inexistente comprovação de prejuízo para o réu. V - Há violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual, quando o delito é cometido mediante violência moral, praticada em virtude de temor reverencial, que retira da vítima a capacidade de defesa, diante do respeito e obediência devidos ao ofensor. VI - Não se admite, na via estreita do habeas corpus, a análise aprofundada de fatos e provas. VII - Ordem denegada.¹⁶¹

Como precedentemente ressaltado no voto do Ministro Sepúlveda

Pertence, não se pode esquecer que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade

¹⁶⁰ STJ, RHC 18726/BA, Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, j. 04.04.2006, DJ 08.05.2006, p. 241

¹⁶¹ STF, HC 88.387/MT, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.10.2006, DJ 06.11.2006, p. 38

de realização da norma com ela advinda subordina-se muitas vezes, a alterações da realidade fática que a viabilizem. Nesse contexto, a legitimidade do Ministério Público só pode ser aceita em caráter subsidiário e, ainda assim, até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da Defensoria Pública, conforme determinado pelo artigo 134, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, ressaltando que a atividade jurisdicional só se legitima quando cumpre os fins preconizados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a omissão estatal, no implemento da nova ordem constitucional, postergando a criação das defensorias públicas, adia esse ideal democrático, fazendo surgir o que Lenio Luiz Streck qualifica como “situações constitucionais imperfeitas”.¹⁶²

Daí se tornar relevante reafirmar que os tribunais pátrios ainda não enfrentaram a tese da inconstitucionalidade progressiva do art. 225, § 1º, I, e seu § 2º, nos estados onde a Defensoria Pública esteja estruturada nos moldes constitucionais e a razão que leva Hugo Nigro Mazzilli¹⁶³ a destacar o caráter residual da aplicabilidade do artigo 68 do Código de Processo Penal.

Tal artigo versa a hipótese de legitimação ativa do Parquet, em sede de ação civil e assinala, em observação compatível com a natureza ainda constitucional da mencionada regra processual penal.

Para Tourinho Filho “essa atuação do Ministério Público, hoje, só se admite em caráter subsidiário, até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da defensoria pública, nos termos do artigo 134, parágrafo único, da

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002, p. 468/469.

¹⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72, item n. 7, nota de rodapé n. 13.

Constituição Federal”.¹⁶⁴

A partir do exposto acompanha-se o entendimento de René Souza quando este argumenta que

Da teoria da inconstitucionalidade progressiva se extrai então o entendimento de que uma norma, embora incompatível com a Lei Maior, pode ser considerada constitucional enquanto não sobrevierem circunstâncias que concretizem seu caráter inconstitucional.¹⁶⁵

Uma vez que o autor entende que o artigo 68 do Código de Processo Penal pode ser considerado constitucional em todos os seus efeitos até que cada Estado da federação brasileira crie a instituição da Defensoria Pública, passando para ela a defesa das pessoas consideradas hipossuficientes.

Sendo assim, segundo René de Souza¹⁶⁶ nos Estados onde já existe a Defensoria Pública, o mencionado artigo não possui eficácia, sendo neles parte legítima para a propositura de ação de execução civil da sentença penal condenatória a Defensoria Pública, e não mais o Ministério Público.

Aplica-se, *mutatis mutandi*, esse entendimento na hipótese alcançada pelo art. 225, § 1º, I, c.c. o seu § 2º, do Código Penal, concluindo-se, de igual forma, pela inconstitucionalidade progressiva do citado artigo, para legitimar o patrocínio das ações penais privadas pela Defensoria Pública, na representação das vítimas hipossuficientes.

¹⁶⁴ É muito comum usar a expressão Parquet para se referir ao Ministério Público. Explica-se: na França antiga os Procuradores e advogados do Rei não se sentavam no mesmo estrado onde ficavam os Juizes, mas sobre o soalho (parquet) da sala das audiências, como as partes e seus representantes. Hoje, não obstante os membros do Ministério Público fiquem no mesmo plano, a denominação Parquet é empregada para se referir à Instituição do Ministério Público. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 328.

¹⁶⁵ SOUZA, René. *Da inconstitucionalidade progressiva e sua aplicação abstrata. Análise do artigo 68 do CPP*. Disponível em www.direitonet.com.br. Acessado em Abril de 2006.

¹⁶⁶ *Ibid.*

CONCLUSÕES

1. A história da repressão aos crimes sexuais, evidencia que os tipos penais foram concebidos sob a influência ideológica do patriarcado, onde a mulher era submissa e inferiorizada;

2. É completamente desnecessária a criação de novos tipos penais,

3. Mesmo com o advento da Lei n. 11.106/2005, o Código Penal Brasileiro ainda apresenta anacronismos em relação à evolução da sociedade, relativamente aos crimes sexuais.

4. Condicionar a persecução penal à queixa crime (se a vítima tiver dinheiro) ou à representação (se ela for pobre), viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

6. Continua em vigor a Súmula 608 do STF (“Nos crimes de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”), mesmo com o advento da Lei n. Lei 9.099/95, que em seu artigo 88, transformou o crime de lesões corporais em ação condicionada à representação.

7. O artigo 225, § 1º, inc. I, c.c. o seu § 2º, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas ainda é constitucional nas unidades federativas que não tenham criado e instalado a Defensoria Pública nos moldes do artigo 134 da própria Constituição Federal.

8. Nos Estados que possuam a Defensoria Pública, a ação penal, nos casos de miserabilidade jurídica da ofendida (art. 225, § 1º, inc. I, do Código Penal) será exclusivamente de natureza privada e patrocinada pelo Defensor Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo. *Teoria da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio: 22:25ss*. Sociedade Bíblica do Brasil. Distrito Federal: Brasília. 1969.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARAMUTI, Carlos Santiago. Dogmática e política Criminal de la víctima en relación a la titularidad y ejercicio de la acción penal. In: *Ciências Penales Contemporâneas. Revista de Derecho Penal Procesal Penal y Criminología*.

CASARA, Rubens R.R., VASSAL, Mylene G.P. *Miserabilidade e ação penal: uma (re)leitura constitucional*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 8-9, jun. 2003

CODIGO DE HAMURÁBI. Disponível em dji.com.br/dicionário/codigodehamurabi.htm

COSTA, Marcos Brant Gambier. Ação penal nos crimes contra os costumes: inaplicabilidade da Súmula 608 do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1058>>. Acesso em: 24 jul. 2006 .

CRETELLA JÚNIOR José. *Curso de Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Código Penal Comentado e legislação complementar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I.

ESTEVEES, Martha de Abreu. *Meninas perdidas: os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro da Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*. Atualizada em 2005 via Internet.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. 5. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. II.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei 8072/90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, v. II.

GARCIA, Emerson. *O Ministério Público no Mundo: Processo Constitucional Português e a Atuação do Ministério Público*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em Maio de 2006.

GAVRON, Eva Lúcia. Mulher honesta sente desejo? Esboços. *Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC*. Chapecó: UFSC, n.9, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *A Vitimologia e o Modelo Consensual de Justiça Criminal*. RT 745/423.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo Constitucional em marcha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. VIII.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema Penal e Direitos da Mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, a. 3, p. 147-163, jan.-mar. 1995.

LEAL, João José. A extinção da ação penal. *Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 23, n. 172, dezembro 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro:

Forense, 1965.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72, item n. 7, nota de rodapé n. 13.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed. São Paulo: Max Limonade, 1998, II v.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997, v. I.

_____. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Código Penal Interpretado Jurisprudencialmente*. São Paulo: Atlas, 1988.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. In: Estupro e Violência Presumida. Julgado e Comentários publicado em www.uerj.gov.br/artigos.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Reforma do Judiciário (VIII): funções essenciais à Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=222>>. Acesso em: 06 jan. 2007 .

PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Disponível em www.jus.com.br

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: questões polêmicas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4866>>. Acesso em: 27 fev. 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1997.

REVISTA VEJA, 28 de abril de 1982, p. 88

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira*, jul/set.1999. n. 27, p. 80-102.

SILVA, Danielle Martins. *Fundamentos da ação penal privada nos crimes contra os costumes*: uma abordagem crítica. Disponível em www.ibccrim.org.br, 03.10.2003.

SIQUEIRA FILHO, Geraldo Batista de. *Ação Penal nos Crimes contra os Costumes*. Belo Horizonte: Inédita, 1996.

SOUZA, René. Da inconstitucionalidade progressiva e sua aplicação abstrata. Análise do artigo 68 do CPP. Disponível em www.direitonet.com.br. Acessado em Abril de 2006.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público: questões polêmicas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4866>>. Acesso em: 27 fev. 2006. .

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

_____. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Meneses; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ministério Público II: Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.