



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LEDA MARIA RODRIGUES

**A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

**JUIZ DE FORA
2010**



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LEDA MARIA RODRIGUES

**A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC, *campus* Juiz de Fora, como exigência para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

**JUIZ DE FORA
2010**

Leda Maria Rodrigues

A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia de conclusão de curso apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como exigência para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: 19/06/2010

BANCA EXAMINADORA

Rodrigo Rolli

Prof.
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Luciana Braga

Prof. (a)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Sílvia

Prof. (a)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho ao meu querido pai, que mesmo não estando presente fisicamente, me acompanha em espírito. Saudades!

Hoje comemoro o primeiro passo de uma jornada que se inicia. Cada sacrifício, cada renúncia, cada cansaço e cada hora sem dormir foram cruciais para esta vitória, que tem o sabor indescritível das dificuldades vencidas, do dever cumprido, das amizades conquistadas e dos momentos inesquecíveis compartilhados. Agradeço primeiramente a Deus, que sempre guiou meus caminhos. Agradeço ao meu amado pai, o qual, infelizmente não poderá me abraçar nesta hora, mas que certamente estará ao meu lado em espírito. Agradeço também à minha amada mãe, que sempre me socorreu nos momentos de fraqueza e aos meus amados irmãos e sobrinhos, que fizeram com que cada minuto da minha vida valesse à pena, simplesmente pelo fato de eles existirem e estarem ao meu lado. De tudo, fica a satisfação, o agradecimento, e a saudade dos momentos que me fizeram chegar até aqui. Fica também a certeza de que este diploma me conduzirá à vitória que tanto almejo!

"Sonhos não morrem, apenas adormecem na alma da gente.

(Chico Xavier)

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a reforma penal incidente sobre a Parte Especial do Código Penal Brasileiro, especificamente no que concerne às modificações atinentes às condutas denominadas genericamente de Crimes Contra a Dignidade Sexual. Como se sabe, ao longo dos anos, a nossa sociedade passa por intensas alterações, as quais refletem sobremaneira no Direito. E este deve se adaptar às transformações sofridas pela sociedade, para que a prestação jurisdicional possa ser efetiva e atender aos anseios sociais. As alterações trazidas pela Reforma penal de 2009, especificamente a Lei 12.015/09, alterou vários dispositivos do Código Penal Brasileiro. Este trabalho tem por objetivo discutir as alterações trazidas pela Reforma Criminal de 2009 e as implicações desta em relação à atuação do Ministério Público. Para isso, elucidáramos as mudanças ocorridas com a referida reforma e as implicações diretas e indiretas que esta promoveu. Analisamos também a Ação Penal e sua titularidade, questões diretamente ligadas ao tema deste trabalho.

Palavras-chave: Reforma Penal; Crimes contra a Dignidade Sexual, Ação Penal;

ABSTRACT

This study focuses on the penal reform incident on the Special Part of the Brazilian Penal Code, specifically with regard to changes relating to pipelines generically called Crimes Against Sexual Dignity. As you know, over the years, our society is going through intense changes, which reflect greatly on the Right. And it must adapt to the transformations undergone by society, for the adjudication can be effective and meet the needs of society. The changes brought about by Penal Reform, 2009, specifically the Law 12.015/09, amended several provisions of the Brazilian Penal Code. This work aims to discuss the changes brought about by the 2009 Criminal Reform and its implications in relation to the work of Prosecutors. For this, we need to elucidate the changes with this reform and the direct and indirect implications that it promoted. We also analyze the criminal action and its ownership, issues directly related to the theme of this work.

Key Words: Penal Reform; Crimes Against Sexual Dignity, Criminal Action;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. O MINISTÉRIO PÚBLICO	11
2.1 Breve Histórico do “ <i>Parquet</i> ”	11
2.2 Princípios, funções institucionais do MP.....	16
2.3 A Lei Orgânica do Ministério Público Federal.....	20
3. AÇÃO PENAL E MINISTÉRIO PÚBLICO.....	23
3.1. Da Ação Penal.....	23
3.1.1 Conceito e Natureza Jurídica da Ação Penal.....	23
3.1.2 Classificação.....	24
3.1.3 Da Ação Penal Pública.....	25
3.1.3.1 Ação Penal Pública Incondicionada.....	25
3.1.3.2 Ação Penal Pública Condicionada.....	25
3.1.3.3 Ação Penal Pública Condicionada à Representação do Ofendido ou de seu Representante Legal.....	27
3.1.3.4 Ação Penal Pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.....	28
3.2. A atuação do MP na Ação Penal Pública.....	29
3.2.1 Ação Penal Pública Incondicionada.....	31
4. REFORMA CRIMINAL DE 2009 E O MINISTÉRIO PÚBLICO.....	33
4.1. Aspectos Gerais.....	33
4.2. Mudanças Implantadas Pela Reforma.....	33
4.3. A Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual.....	36
5. REFLEXOS DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA CRIMINAL.....	42
5.1 Pontos controversos da Reforma.....	42
5.2 Resultados Práticos da Mudança.....	44
6. CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	48

1. INTRODUÇÃO

Abordar temas relacionados ao Ministério Público não é tarefa fácil, visto que esta é uma Instituição que transcende a definições meramente acadêmicas. O Ministério Público atualmente é conhecido como o defensor da ordem jurídica e dos interesses da sociedade.

É uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Suas funções são inúmeras no âmbito jurídico, especialmente no que tange ao Processo Penal. Tem garantias, funções institucionais e princípios próprios. Sua atuação no mundo jurídico acontece em vários momentos.

Este trabalho tem por objetivo discutir as alterações trazidas pela Reforma Criminal de 2009 e as implicações desta em relação à atuação do Ministério Público. Não pretendemos esgotar o tema, por dois motivos bem claros, primeiro, pelo fato do Ministério Público ser uma instituição que atua em diversos momentos do universo jurídico, e neste trabalho iremos nos ater à sua atuação após as mudanças trazidas pela Reforma Criminal de 2009, e o segundo motivo é o fato de que falar sobre o *Parquet* e toda a sua história no contexto jurídico brasileiro demandaria todo um trabalho bibliográfico, que não é o objetivo do presente estudo. Sendo assim, neste trabalho faremos um breve histórico do Ministério Público com o objetivo de introduzir o tema e nos ateremos mais à Reforma Criminal de 2009 e suas implicações na atuação deste, principalmente em relação à titularidade da Ação Penal de alguns dos crimes tipificados no Código Penal Brasileiro.

O presente trabalho tem como objetivo principal elucidar as mudanças ocorridas com a referida reforma e as implicações diretas e indiretas que esta promoveu. Para tal análise, é importante ressaltar que analisaremos também a Ação Penal e sua titularidade, questões diretamente ligadas ao tema deste trabalho.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Breve histórico do “*Parquet*”

A doutrina em geral se controverte ao estudar as origens do Ministério Público. Historiadores acreditam que na Antiguidade existiam figuras que se assemelhavam, ainda que superficialmente ao promotor de justiça moderno, no Egito Antigo, os “*magiaí*” exerciam tal função. VALORI, citado por Lyra (2001)¹ assim se refere aos “*magiaí*”:

“As atribuições dos ‘*magiaí*’ são as seguintes: I. ser a língua e os olhos do rei no país; II. Castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos; III. Acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e o mentiroso; IV. ser marido da viúva e pai do órfão; V. fazer ouvir as palavras da acusação e indicar as disposições legais em cada caso; VI. Tomar parte nas instruções para descobrir a verdade.”

A história do Ministério Público, de acordo com alguns investigadores das origens desta instituição, assinala seus primeiros vestígios também entre os gregos e romanos.

Na Grécia e em Roma, seus povos não conheceram propriamente a instituição do Ministério Público. Segundo LYRA (2001)², os procuradores de César, mordomos qualificados, defendiam o patrimônio do príncipe, perante os juízes afeiçoados. Os procuradores de Augostinho, distintos, embora, dos advogados do fisco, zelavam, também,

¹ LYRA, Roberto. Teoria e Prática da Promotoria Pública. Reimpressão. Porto Alegre, RS. 2001, pg 38.

² LYRA, Roberto. *op.cit.*, p. 17.

pela pecúnia imperial. Ao povo, quando não ao ofendido – *cuilibet ex populo* - competia a iniciativa do procedimento penal e os acusadores eram um César, um Cícero, um Hortênsio, um Catão, que, movidos pelas paixões ou pelos interesses, abriam caminho à sagração popular em torneios de eloquência facciosa. A técnica da função confundia-se com a arte de conquistar prosélitos pela palavra.

Segundo Laboulay, no estudo das Leis criminais dos Romanos, citado por Lyra (2001) “em Roma, como na Lacedemonia e em Atenas, o orador procurava antes comover o povo do que convencê-lo. Muitas vezes, obtinha-se a graça para o crime, reconhecido constante, e mesmo confessada pelo acusado, recordando passados serviços, mostrando ao povo as feridas que cobriam um nobre peito, como no processo de mainlus e Aquilius, concussionário confesso. Descrevia-se uma família em desolação. Falava-se, mais pelo coração que pelo espírito. E pedia-se ao povo a absolvição do culpado, como se pede hoje a sua graça à indulgência dos príncipes”.

Na Grécia, a acusação de Mélitus, Anytus e Lycon contra o filósofo Sócrates, pode ser apontada como a mais característica. Lycon, era uma espécie de “acusador público”, posto que o processo interessava à Religião e ao Estado. Atentemos para o *libellus* desta histórica acusação: “Mélitus, filho de Mélitus, do burgo de Pithus, intenta uma acusação criminal contra Sócrates, filho de Sophronisco, do burgo de Alópeca. Sócrates é culpado por não admitir nossos deuses e por introduzir, entre nós, divindades novas sob o nome de gênios. Sócrates é culpado por corromper a mocidade de Atenas. Para pena, a morte.”

A histórica acusação acima transcrita é somente uma das várias ocorridas no cenário jurídico do mundo grego. Da mesma forma, em Roma, várias foram as acusações feitas pelos chamados “acusadores públicos”, uma espécie de promotor da Antiguidade. Como exemplo clássico citamos a acusação feita por Catão (conhecido por sua sabedoria e grande eloquência nas causas que defendia) contra Galba (general romano acusado de ordenar a morte de centenas de lusitanos), a qual reproduz fidedignamente a técnica adotada em Roma. Esta técnica de acusação se baseava descrição do fato e apresentação das provas a uma platéia, na tribuna, depois era a vez da defesa se manifestar, e finalmente o povo, destinatário dos debates orais, decidia a causa.

Já na Idade Média são mencionadas as figuras dos *saions* germânicos e dos *bailios* e *senescals*, todos encarregados de defender os senhores feudais em juízo. Do

direito longobardo mencionam-se as figuras dos *missi dominici* e *gastaldi*. Na Alemanha, com a atribuição de exercer a acusação quando o particular quedava-se inerte, havia os *Gemeiner Anklager* cuja tradução literal é "comum acusador".

Porém, apesar dos papéis assemelhados na Antiguidade ao promotor de justiça, foi provavelmente com o surgimento do Estado Moderno que se delineou um perfil institucional mais próximo do atual Ministério Público.

FERRAZ (1999)³, aduz que, “no contexto do Estado Moderno, o Ministério Público surge como uma reação contra a excessiva concentração de poderes na figura do monarca. Nesta época, o Ministério público surge orientado basicamente pelos seguintes princípios: I. a superação da vingança privada (só possível ao poderoso e ao rico); II. Entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade; III. a distinção entre juiz e acusador; IV. Tutela dos interesses da coletividade e não só daquele do fisco do soberano; V. execução rápida e certa das sentenças dos juízes.

Vale notar que foi somente com a formação do Estado Moderno e o fim da Idade Média, que se iniciou a separação dos poderes do Estado, que anteriormente estavam todos concentrados nas mãos do monarca. Na Idade Média, o próprio poder judicante concentrava-se nas mãos do monarca.

Conforme o autor supracitado, o Ministério Público surge historicamente com o advento da separação dos poderes do Estado Moderno. Por esse motivo, sua proximidade mais direta é com os “*advocats e procureurs du roi*”, criados no século XIV na França. Os advogados do rei (*avocats du Roi*) foram criados no século XIV e tinham atribuições exclusivamente cíveis. Os procuradores do rei (*procureurs du Roi*) surgem com a organização das primeiras monarquias e, ao lado de suas funções de defesa do fisco, tinham função de natureza criminal. O Ministério Público francês nasceu da fusão dessas duas instituições, unidas pela idéia básica de defender os interesses do soberano que representava os interesses do próprio Estado.

³ FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Carvalho. Ministério Público: instituição e processo. 2ª edição, São Paulo. Atlas, 1999.

Foi somente com os Códigos Napoleônicos, em especial o Código de Instrução Criminal e lei 20 de abril de 1810, que, na França, a Instituição do Ministério Público veio a ser definida de maneira mais clara, conferindo-o o importante papel de promotor da ação penal.

O Ministério Público brasileiro é fruto do desenvolvimento do estado brasileiro e da democracia. A sua história é marcada por dois grandes processos que culminaram na formalização do *Parquet* como instituição e na ampliação de sua área de atuação.

No período colonial, o Brasil foi orientado pelo direito lusitano. Não havia o Ministério Público como instituição. Mas as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603 já faziam menção aos promotores de justiça, atribuindo a eles o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal. Existiam ainda o cargo de procurador dos feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de procurador da Fazenda (defensor do fisco).

Foi somente no Império, em 1832, com o Código de Processo Penal do Império, iniciou-se a sistematização das ações do Ministério Público.

Na República, o decreto nº 848, de 11/09/1890, ao criar e regulamentar a Justiça Federal, dispôs, em um capítulo, sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público no âmbito federal. Neste decreto destacam-se:

- a) a indicação do procurador-geral pelo Presidente da República;
- b) a função do procurador de "cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções" e de "promover o bem dos direitos e interesses da União." (art.24, alínea c)

Mas foi o processo de codificação do Direito nacional que permitiu o crescimento institucional do Ministério Público, visto que os códigos (Civil de 1917, de Processo Civil de 1939 e de 1973, Penal de 1940 e de Processo Penal de 1941) atribuíram várias funções à instituição.

Em 1951, a lei federal nº 1.341 criou o Ministério Público da União, que se ramificava em Ministério Público Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho. O MPU pertencia ao Poder Executivo.

Em 1981, a Lei Complementar nº 40 dispôs sobre o estatuto do Ministério Público, instituindo garantias, atribuições e vedações aos membros do órgão.

Em 1985, a lei 7.347 de Ação Civil Pública ampliou consideravelmente a área de atuação do Parquet, ao atribuir a função de defesa dos interesses difusos e coletivos. Antes da ação civil pública, o Ministério Público desempenhava basicamente funções na área criminal. Na área cível, o Ministério tinha apenas uma atuação interveniente, como fiscal da lei em ações individuais. Com o advento da ação civil pública, o órgão passa a ser agente tutelador dos interesses difusos e coletivos.

Em relação às Constituições, o Ministério Público ora aparece, ora não é citado. Esta inconstância decorre das oscilações entre regimes democráticos e regimes autoritários/ditatoriais. As várias Constituições que do Brasil, trouxeram, cada uma a sua maneira, importantes inovações ao Ministério Público, sendo *mister* destacar as seguintes:

- Constituição de 1824: não se fazia menção ao Ministério Público como instituição, sendo prevista a atribuição da acusação de crimes ao procurador da Coroa e Soberania Nacional, exceto nos casos em que a iniciativa de acusação era exclusiva da Câmara dos Deputados.

- Constituição de 1891- primeira Constituição Republicana - 24 de fevereiro de 1891: ficou a cargo do Presidente da República a escolha do procurador-geral da República, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, atribuindo a esse Procurador-Geral a titularidade de propositura de revisão criminal *pro reo*. Não faz referência expressa ao Ministério Público.

- Constituição de 1934: faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo "Dos órgãos de cooperação". Institucionaliza o Ministério Público. Prevê lei federal sobre a organização do Ministério Público da União.

- Constituição de 1937: não faz referência expressa ao Ministério Público. Diz respeito ao Procurador-Geral da República e ao quinto constitucional.

- Constituição de 1946: faz referência expressa ao Ministério Público em título próprio (artigos 125 a 128) sem vinculação aos poderes. Explicitou a desvinculação do o Ministério Público dos outros poderes da república e instituiu o Ministério Público Federal e Estadual, garantindo-lhes a estabilidade na função, o concurso de provas e títulos, a promoção

e a remoção somente por representação motivada da Procuradoria Geral e lhe definia a estrutura e atribuições.

- Constituição de 1967: faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Judiciário. Subordinou o MP ao poder Judiciário, regulamentou o concurso de provas e títulos seriamente ao abolir o “concurso interno”, que davam margem à influências políticas no MP.

- Emenda constitucional de 1969: faz referência expressa ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo⁴

Importante também ressaltar que o Código de Processo Civil de 1973 deu tratamento sistemático ao Ministério Público, quando disciplinou sua intervenção, conferindo-lhe o papel de órgão interveniente, *custos legis* (fiscal da lei).

Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “*Constituição Cidadã*”, delineou um novo perfil constitucional do MP, definindo-o como “*Instituição permanente, essencial á função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (Artigo 127).

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro passou por um processo recente de notável evolução institucional, quando novas e relevantes funções foram-lhe conferidas pelo ordenamento jurídico e aos seus membros foram outorgadas garantias constitucionais inéditas⁵.

Na Constituição de 1988, o Ministério Público se encontra em posição diferente das últimas em que figurou nas Constituições anteriores. Está inserido no Título IV, que trata da organização dos poderes, Capítulo IV, que regulamenta as Funções Essenciais à Justiça, deixando destarte de figurar em qualquer dos poderes do Estado.

⁴BRASIL. MPU. Histórico do Ministério Público no Brasil. Disponível em: <http://www.mpu.gov.br/navegacao/institucional/historico> Acessado em 17 de Maio de 2010.

⁵FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Carvalho. *Op. cit.* p. 90.

2.2 Princípios, funções institucionais do MP

Dentro de um Estado democrático, a independência do Ministério Público configura uma condição prática para o correto exercício de suas funções. O Ministério Público como instituição que é, e com a importância que lhe é atribuída, necessita de instrumentos que lhe assegurem o pleno exercício de suas funções. Existem princípios constitucionais que o regem de forma a guiar seus passos e proteger seus membros.

A Constituição Federal de 1988 trouxe definidos, em seu Artigo 127, quais são os Princípios Institucionais do Ministério Público, vejamos quais são:

“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.”

O Princípio da Unidade determina que o Ministério Público é um só, vale dizer, é uma instituição comandada por um só chefe, o Procurador-geral, que tem sua atuação limitada, como por exemplo pelo princípio do promotor natural e da autonomia funcional, porém, administrativamente quem exerce as funções de comando da instituição o Procurador - geral.

O fato é que o Ministério Público é uno, formando um só corpo institucional que atua rigorosamente dentro dos limites que a lei lhe impõe. Vale ressaltar que essa unidade não torna um só todos os Ministérios Públicos, cada um é uno em si mesmo, não se confundindo, por exemplo, o Ministério Público da União, o Ministério Público Militar, nem os Ministérios Públicos Estaduais.

O Princípio da Indivisibilidade decorre do próprio Princípio da Unidade. Quando um promotor atua em um processo, é o próprio Ministério Público que se faz presente no feito, de sorte que caso o promotor tenha que ser substituído, em nada vai prejudicar a atuação da instituição no processo.

E finalmente, pelo Princípio da Independência Funcional garante-se ao MP a inexistência de vinculação dos órgãos da Instituição a pronunciamentos processuais anteriores

de outros membros. Tal prerrogativa, juntamente com outras existentes na própria Lei Maior e no ordenamento infraconstitucional, demonstra a preocupação do legislador em garantir ao *Parquet* todos os meios para exercer seu papel fundamental de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público, no exercício de sua atividade-fim, tem plena liberdade, e só está adstrito aos cumprimentos da Constituição e das leis, não estando pois, obrigado a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao que devem ou não devam fazer os seus membros.

Existem também garantias que são concedidas ao Ministério Público, ligadas às atividades-meio e atividades-fim dessa instituição. São autonomias concedidas ao MP. A autonomia administrativa decorre da Constituição e também de legislação infraconstitucional e compreende autonomia para gerir e decidir questões administrativas internas. Os atos que são decorrentes da autonomia administrativa do MP têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvados os poderes constitucionais do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas⁶.

A autonomia financeira também possibilita a independência e decorre de princípios constitucionais. As garantias ligadas à atividade-fim do MP compreendem a liberdade com que são exercidas as funções desta instituição. É a autonomia do ofício exercido pelo MP em face de outros órgãos estatais, especialmente em face dos governantes, legisladores e juízes.

Por ter uma história de coerência e de independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério público não pode se sujeitar nem ao poder político nem ao econômico, assim como não pode ter sua isenção comprometida. Por isso, o MP é dotado das prerrogativas de magistratura, como a independência funcional e a inamovibilidade. Os integrantes do MP são nomeados dentro da classe, com mandato certo, que só pode ser revogado por procedimento instituído. Eles não podem ser destituídos caso sua atuação não coincida com a vontade da política dominante. Vejamos o que dispõe o Artigo 128 da CR/88:

“Art. 128. O Ministério Público abrange:

(...)

5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

⁶ BRASIL. Lei nº 8.625/93, Artigo 3º, parágrafo único.

I - as seguintes garantias:

- a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Em relação à garantia da vitaliciedade, em no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo de sentença judicial transitada em julgado. A vitaliciedade é a garantia que o promotor passa a dispor de que permanecerá em seu cargo, desde que não cometa determinadas infrações tidas como graves. Tal garantia visa oferecer mais tranquilidade ao membro do MP, pois, pessoas eventualmente insatisfeitas com alguma sentença, não poderão retirá-lo de seu cargo. O fato de os promotores se tornarem vitalícios permite-lhes uma menor ansiedade quanto a aprovação pública das suas decisões, admitindo-lhes uma atuação mais técnica, isto é, adstrita a lei, a moralidade, aos bons costumes e a justiça.

Quanto à inamovibilidade, o promotor de justiça não poderá ser removido do lugar onde trabalha para outro. Ele somente poderá ser removido ou promovido de acordo com seu anseio, salvo por motivo de interesse público e pelo voto de dois terços do órgão competente.

Em relação à irredutibilidade de subsídio, essa garantia tem o objetivo de manter a dignidade e independência dos promotores, porque os salários integrais destes estariam absolutamente assegurados durante o período de suas funções.

No que tange às funções institucionais do Ministério Público, dispõe o Artigo 129 da CR/88⁷, veja-se:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - 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;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa. Artigo 127.

- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- 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.(...)"

2.3 A Lei Orgânica do Ministério Público Federal

A Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993 dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. A Lei 8.625 de

12 de fevereiro de 1993 institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

Como o Brasil adota o regime federativo, existem o Ministério Público Federal (MPF), que tem como integrantes os Procuradores da República; e os Ministérios Públicos Estaduais (MPEs), que têm como integrantes os Promotores de Justiça. O artigo 128 da CR/88⁸ define a abrangência do Ministério Público, vejamos:

- “Art. 128. O Ministério Público abrange:
- I - o Ministério Público da União, que compreende:
 - a) o Ministério Público Federal;
 - b) o Ministério Público do Trabalho;
 - c) o Ministério Público Militar;
 - d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
 - II - os Ministérios Públicos dos Estados.”

Quanto à organização do Ministério Público, dispõem os artigos 5º ao 8º da Lei 8.625/93⁹, *in verbis*:

- “Dos Órgãos de Administração
 Art. 5º São órgãos da Administração Superior do Ministério Público:
 I - a Procuradoria-Geral de Justiça;
 II - o Colégio de Procuradores de Justiça;
 III - o Conselho Superior do Ministério Público;
 IV - a Corregedoria-Geral do Ministério Público.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa. Artigo 128.

⁹ BRASIL. Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993.

Art. 6º São também órgãos de Administração do Ministério Público:
I - as Procuradorias de Justiça;
II - as Promotorias de Justiça.

SEÇÃO II

Dos Órgãos de Execução

Art. 7º São órgãos de execução do Ministério Público:
I - o Procurador-Geral de Justiça;
II - o Conselho Superior do Ministério Público;
III - os Procuradores de Justiça;
IV - os Promotores de Justiça.

SEÇÃO III

Dos Órgãos Auxiliares

Art. 8º São órgãos auxiliares do Ministério Público, além de outros criados pela Lei Orgânica:

I - os Centros de Apoio Operacional;
II - a Comissão de Concurso;
III - o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;
IV - os órgãos de apoio administrativo;
V - os estagiário”

A referida lei ainda dispõe sobre os Órgãos administrativos, Conselhos e Corregedorias do Ministério Público. Estas duas exercem o controle interno e externo dos integrantes e das atividades do Ministério Público.

O controle interno é exercido por órgãos colegiados com atribuições legais (Colégio, Conselho Superior do Ministério Público, Corregedoria). Os inquéritos no campo criminal, se arquivados, são submetidos, por provocação do juiz, ao controle do Procurador Geral da República ou de Justiça. Caso haja desídia, o controle é do cidadão legitimado. Os inquéritos no campo civil, se arquivados, são reexaminados pelo Conselho Superior.

Em relação ao controle externo, o Procurador Geral da República ou de Justiça é nomeado pelo Chefe do Poder Executivo. Seu orçamento anual passa pela aprovação do Poder Executivo e do Legislativo. As contas são submetidas ao Tribunal de Contas. O concurso para ingresso na carreira do MP tem o controle da OAB, que indica um dos componentes da banca examinadora. O chefe da instituição sujeita-se a processo de destituição sob controle do Poder Legislativo. Além disso, como órgão público, o MP está sujeito ao controle popular e jurisdicional por meio de mandado de segurança, habeas corpus, ação popular.

A lei define também as funções do MP. As garantias e prerrogativas concedidas aos membros do Ministério Público estão descritas nos artigos 38 a 42 desta lei. Estão presentes também os deveres e vedações dos membros desta Instituição, assim como nos artigos 45 a 57 são referentes aos vencimentos, vantagens e direitos dos membros do MP.

A organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União divergem do Ministério Público dos Estados. Enquanto o MPU é regido pela Lei Complementar nº 75/1993, o MPE rege-se pela Lei nº 8.625/1993. Por este motivo existe a Lei Orgânica Nacional do MP, e também existem também as Leis Orgânicas e Estatutos dos Ministérios Públicos Estaduais (MPEs), onde cada estado define suas peculiaridades, respeitados sempre os preceitos da Lei Complementar 75 e da Lei nº 8.625/93.

3. AÇÃO PENAL E MP

3.1 Da Ação Penal

3.1.1 Conceito e natureza jurídica da Ação Penal

De acordo com o doutrinador FERNANDO CAPEZ (2003)¹⁰, ação penal é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva.

Por sua vez, o renomado jurista TOURINHO FILHO (1999)¹¹ entende a ação penal como sendo “o direito de se pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante”.

Já MIRABETE (2000)¹² ensina que a ação penal é, assim, "a atuação correspondente ao direito à jurisdição, que se exercita perante os órgãos da Justiça Criminal", ou "o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal Objetivo", ou ainda, o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 21ª. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 305.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 125.

Dos conceitos acima citados, podemos abstrair que a ação penal revela-se um direito autônomo, o qual não se deve confundir com o direito material que irá se deduzir em juízo; é um direito abstrato, uma vez que independe do resultado do final do processo; é um direito subjetivo, pois o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional e ainda um direito público, pois se dirige contra o Estado e em face do réu.

A doutrina é cediça em afirmar que a natureza jurídica da ação penal é de norma processual. Nos dizeres de PAULO RANGEL (2003)¹³ temos que:

“Portanto, tendo o processo, como finalidade principal, a satisfação de uma pretensão, esta somente pode ser exercida através da ação, que, por sua vez, independe da existência do direito material violado ou ameaçado de violação. Assim, sua natureza processual é patente”.

3.1.2 Classificação

A classificação tradicional da ação penal, nomeada de subjetiva pela doutrina, leva em consideração o elemento subjetivo, ou seja, leva-se em consideração o seu titular.

Para o Processo Penal Brasileiro, a ação penal divide-se em: ação penal pública (incondicionada e condicionada) e a ação penal privada (propriamente dita, subsidiária da pública e personalíssima).

Ação penal pública tem como titular exclusivo o Ministério Público- MP (promotor e procurador de justiça). Ela inicia-se com a denúncia.

Na Ação Penal Privada, o Estado-Juiz é o detentor exclusivo do *jus puniendi*, mas em alguns casos ele transfere a vítima o direito de acusar, o *jus accusationis*, muito embora o direito de punir ainda lhe pertença. Esse consentimento se justifica porque nestes casos o interesse da vítima se sobrepõe ao interesse público.

Neste trabalho falaremos rapidamente da ação penal privada, deixando para nos ater apenas à ação penal pública, posto que ela está diretamente ligada ao nosso tema.

¹³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 208.

3.1.3 Da Ação Penal Pública

Como vimos anteriormente, a ação penal pública tem como titular exclusivo o Ministério Público - MP e ela inicia-se com a denúncia. O Código de Processo Penal Brasileiro trata da ação penal no artigo 24 e seguintes. Já o Código Penal Brasileiro¹⁴, em seu artigo 100 e parágrafos, nos dá a sistematização classificação da ação penal, veja-se:

“Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Da leitura do dispositivo supracitado, abstrai-se que a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. O parágrafo 1º do referido artigo determina que: *“A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”*. Concluímos da leitura do parágrafo que a ação penal pública pode ser condicionada ou incondicionada. Nesta linha de raciocínio passemos ao estudo de cada uma delas.

3.1.3.1 Ação Penal Pública Incondicionada

No tópico a seguir falaremos sobre a ação penal pública incondicionada e o MP.

3.1.3.2 Ação Penal Pública Condicionada

A ação penal condicionada é uma exceção à regra geral de que todo crime se processa mediante ação penal pública incondicionada, desta forma os casos que estão sujeitos a representação ou requisição encontram-se expressamente previstos na lei.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro.

Essa ação tem o seu exercício subordinado a uma condição, qual seja, a manifestação de vontade do ofendido (ou de seu representante legal) ou a requisição do Ministro da Justiça.

Vale ressaltar que mesmo nestes casos a ação penal continua sendo pública, e assim, de titularidade do Ministério Público, ficando sua atividade subordinada a uma das duas condições.

A doutrina entende que a natureza jurídica da representação é de condição objetiva de procedibilidade, vez que esse é requisito exigido por lei. Segundo TOURINHO FILHO (1999)¹⁵:

“Na condicionada, é ainda o órgão do Ministério Público quem a promove, mas sua atividade fica subordinada, condicionada a uma manifestação de vontade, que se traduz por meio da representação (manifestação de vontade do ofendido ou de quem o represente legalmente) ou da requisição do Ministro da Justiça (manifestação de vontade ministerial)”.

Segundo EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2008)¹⁶, a discricionariedade na ação penal condicionada, “consiste no condicionamento da instauração da ação penal à manifestação explícita do ofendido, no sentido de autorizar a persecução estatal, revelando, de modo inequívoco, o seu interesse em ver apurado o fato contra ele praticado”.

Aduz ainda o referido doutrinador que “a aludida manifestação, embora necessária, tanto para a instauração da ação penal (art 24, CPP) quanto do próprio Inquérito Policial (art 5º, §4º, CPP), não há de obedecer a qualquer regramento formal. Pode ser oferecida sem mais formalidades, verbalmente ou por escrito, bastando a demonstração clara do interesse do ofendido em ver apuradas a autoria e a materialidade do fato, dele exigindo-se apenas, e se for possível, ‘a narração do fato, com todas as circunstâncias; a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer’ (art 5º, § 1º, a, b, CPP)¹⁷”.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op.cit.* p. 322

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op cit.*, p. 108.

3.1.3.3 Ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal

Segundo GRECO (2009)¹⁸ “pode acontecer, contudo, que a legislação penal exija, em determinadas infrações penais, a conjugação da vontade da vítima ou de seu representante legal, a fim de que o Ministério Público possa aduzir em juízo a sua pretensão penal, condicionando o início das investigações policiais e o oferecimento de denúncia á apresentação de sua representação”.

A ação penal pública condicionada à representação é promovida pelo Estado-Juiz através da denúncia. A representação é condição necessária para que o Ministério Público promova a ação penal.

O Ministério Público, que é o titular da ação penal, somente poderá dar início a ela se o ofendido ou seu representante legal previamente manifestar a vontade através da representação. Sem esta manifestação de vontade nem sequer o inquérito policial poderá ser instaurado, conforme se depreende do art. 5º, §4º do CPP. Vale ressaltar que é exigido do ofendido que a representação seja oferecida no prazo previsto em lei, qual seja, 06 (seis) meses, conforme disposição do artigo 38 do CPP, contados à partir do dia em que vier a se conhecer a autoria do fato. Em excepcional a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) adota prazo diverso para a representação. Nos crimes de ação penal pública condicionada, regulados por esta lei, o prazo, previsto no art. 41, §1º, é de três meses a contar da data do fato.

Depois de manifestada a vontade do ofendido ou de seu representante legal e iniciada a ação penal (através do oferecimento da denúncia), o Ministério Público assume incondicionalmente, sendo irrelevante qualquer tentativa no sentido de retratação, conforme a previsão do art. 25 do CPP.

Em nosso ordenamento jurídico existem várias infrações que dependem de representação, dentre elas, destacamos as previstas no Capítulo V do CP, Dos Crimes contra a Honra, onde estão inseridos os crimes de calúnia, Difamação e Injúria, descritos nos artigos 138, 139 e 140, respectivamente).

¹⁸ GRECO. Rogério. *Op.cit.*, p. 696.

A representação poderá ser dirigida ao juiz, ao representante do Ministério Público ou à autoridade policial (art. 39, caput do CPP). Cabe ainda ressaltar que, o Ministério Público não está obrigado, diante da representação do ofendido, a oferecer a denúncia, e também não está obrigado a acatar a definição jurídica do fato contido na representação.

3.1.3.4 Ação Penal Pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça

Além da representação do ofendido, a lei penal fala também em requisição do Ministro da Justiça. Segundo GRECO (2009)¹⁹, “da mesma forma que a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça também tem a natureza jurídica de condição de procedibilidade, permitindo ao Ministério Público iniciar a ação penal, uma vez preenchida essa condição. Em ambas as hipóteses – representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça - o Ministério Público não está obrigado a dar início à ação penal, pois tem total liberdade para pugnar pelo arquivamento do Inquérito Policial ou das peças de informação, após emitir, fundamentadamente, a sua *opinio delicti*.”

Ainda neste sentido, aduz o doutrinador EUGÊNIO PACELLI (2008)²⁰ “cumpre notar que, embora condicionada, a ação permanece pública, isto é, não só a legitimação ativa é reservada ao Ministério Público, mas também o *juízo de propositura* da ação penal. Assim, se o *Parquet*, diversamente do entendimento da vítima, entende que o fato é atípico ou que não há provas suficientes para a acusação em juízo, se deferido o seu requerimento de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, não poderá a vítima opor quaisquer obstáculos a tal decisão”.

A ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça também constitui exceção à regra geral. Nessa modalidade há subordinação à manifestação de vontade do Ministro da Justiça, sem a qual será impossível a instauração do processo, como prevê o art. 24 do CPP e o art. 100, §1º do CP.

Na doutrina, há o entendimento de que a requisição se trata de ato político, o ilustre doutrinador TOURINHO FILHO (1999)²¹ assevera que “A requisição, na espécie, é um ato

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op.cit.* p. 110.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 734.

político, porque "há certos crimes em que a conveniência da persecução penal está subordinada a essa conveniência política".

São raras as hipóteses em que a lei subordina a persecução penal ao ato político da requisição, como exemplos citamos os seguintes: crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil (CP, art. 7º, § 3º, b); crimes contra a honra cometidos contra chefe de governo estrangeiro (CP, art. 141, I, c/c o parágrafo único do art. 145); crimes contra a honra praticados contra o presidente da República (CP, art. 141, I, c/c o art. 145, parágrafo único); crimes contra a honra cometidos contra chefe de Estado ou governo estrangeiro ou seus representantes diplomáticos, por meio da imprensa (art. 23, I, c/c o art. 40, I, a, da Lei n. 5.250/67); crimes contra a honra praticados por meio da imprensa contra ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 23, I, da Lei n. 5.250/67); e crimes contra a honra por meio de imprensa cometidos contra presidente da República, presidente do Senado e presidente da Câmara dos Deputados (art. 23, I, c/c o art. 40, I, a, da Lei n. 5.250/67).

Quanto ao prazo, para o oferecimento da requisição, o Código de Processo Penal é omissivo, não prevendo prazo decadencial para o seu oferecimento, sendo ela possível, portanto, enquanto não prescrita a pretensão punitiva. Da mesma forma, o Ministério Público não está obrigado a oferecer a denúncia, uma vez que é o titular exclusivo da ação penal pública, e só a ele cabe a valoração dos elementos contidos na requisição.

Vale ressaltar que essa ação cabível nos crimes contra a honra, praticados contra chefe do Governo estrangeiro (CP, arts. 141, I, 1.ª parte), constitui crime contra a Segurança Nacional (art. 26 da Lei n. 7.170/83). Portanto, não segue a regra do Código Penal, quanto à ação penal.

3.2 A atuação do MP na Ação Penal Pública

Como vimos acima, o Estado-Juiz é o detentor exclusivo do *jus puniendi*, sendo assim, inicialmente, toda a ação penal é pública. Ocorre que em alguns casos ele transfere à vítima o direito de acusar, o *jus accusationis*, muito embora o direito de punir ainda lhe pertença. Esse consentimento se justifica porque nestes casos o interesse da vítima se

sobrepõe ao interesse público, são os casos da ação penal privada, os quais estão expressamente descritos na lei.

A distinção entre a ação penal pública e a privada repousa na legitimidade de agir, sendo pública quando o legitimado para agir for o Ministério Público e privada, quando o legitimado para agir for a vítima ou quem tenha a qualidade para representá-la.

Segundo PACELLI (2008)²² “o critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre de lei. Por isso, atualmente, nos termos do artigo 100 do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Quanto o Princípio da Obrigatoriedade, aduz o renomado doutrinador que: “do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado Princípio da Obrigatoriedade”²³.

E complementa o referido doutrinador “estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *Parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público as seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal”.

A Constituição Federal de 1998, quando dispõe, em seu artigo 129, inciso I, que a ação penal é privativa do Ministério Público, nos termos da lei, nada mais faz que delinear os contornos do nosso Modelo Acusatório Público, posto que deixa nas mãos do Estado, via de regra, toda a persecução penal.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 105.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 102.

A adoção do Sistema Acusatório não ganha repercussão apenas no exercício da ação penal pública pelo oferecimento da denúncia. Como reflexo instrumental, significa dizer que a partir da nova ordem constitucional somente o Ministério Público possui o "*jus postulandi*", ao passo que somente ele, como titular privativo da ação penal pública, possui o poder postulatório (como pressuposto processual da capacidade de acionar/provocar) para todas as demais ações e medidas assecuratórias/cautelares de provocação do Poder Judiciário para o escopo final de preparar/instaurar/assegurar/prevenir a aplicação da lei penal ao caso concreto.

Resta concluído então que a Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso I) de modo claro atribuiu apenas a um órgão estatal a titularidade do "*jus postulandi*", qual seja, ao Ministério Público.

3.2.1 Ação Penal Pública Incondicionada

Com a violação da norma penal, surge para o Estado a pretensão acusatória, que é exercida pelo Ministério Público, através da ação penal. Esse mister repousa no texto constitucional na forma do art. 5º, II da CF. Diante do princípio da obrigatoriedade o Ministério Público dever propor a ação penal pública, nas palavras de PAULO RANGEL (2003)²⁴ “sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que o autorizem a iniciar a persecução penal”.

O Princípio da Obrigatoriedade, conforme aduzido acima, se reveste do exercício de um poder-dever, atribuído ao Ministério Público, *dominus litis*, de exigir do Estado-Juiz a devida prestação jurisdicional, com o intuito da satisfação da pretensão acusatória estatal para o restabelecimento da ordem jurídica violada.

DAMÁSIO DE JESUS (1998)²⁵ define que “a ação penal é pública incondicionada quando o seu exercício não se subordina a qualquer requisito. Significa que pode ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Como exemplos: ação penal por crimes de homicídio, aborto, infanticídio, lesão corporal, furto., estelionato, peculato etc”.

²⁴ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 208.

²⁵ JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Geral. Volume 1.* São Paulo: Saraiva, 1998, pg. 575.

De acordo com GRECO (2009)²⁶ “ diz-se incondicionada a ação penal de iniciativa pública quando, para que o Ministério Público possa iniciá-la ou, mesmo, requisitar a instauração de inquérito policial, não se exige qualquer condição. É a regra geral das infrações penais, uma vez que o artigo 100 do Código Penal assevera que *‘a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido’*”.

E complementa o referido doutrinador “pelo fato de não existir qualquer condição que impossibilite o início das investigações pela polícia ou que impeça o Ministério Público de dar início à ação penal pelo oferecimento de denúncia, é que o artigo 27 do Código de Processo Penal dia que: *qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, apresentando-lhe pois, sua notitia criminis*”.

A ação penal pública incondicionada é promovida através da denúncia a qualquer tempo, observada a prescrição do crime. Na instauração do inquérito policial nos crimes de ação penal pública incondicionada é suficiente que a autoridade policial tenha conhecimento da ocorrência de uma infração penal.

²⁶ GRECO. Rogério. *Op.cit.* p. 694.

4. A REFORMA CRIMINAL DE 2009 E O MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1 Aspectos gerais

Em 2009 ocorreram várias alterações legislativas no âmbito criminal que resultaram na promulgação de várias leis, quais sejam: Lei 11.923 (sequestro relâmpago), Lei 12.012 (porte ou uso de celular pelo preso), Lei 12.015 (crimes contra a dignidade sexual), Lei 12.016 (mandado de segurança) e contravenção de mendicância, extinta (Lei 11.983).

Fato é que tais modificações trouxeram várias implicações legais e tem gerado várias discussões no universo jurídico. Neste trabalho iremos nos ater às alterações referentes aos Crimes contra a Dignidade Sexual e a intervenção do Ministério Público nestes, principalmente quanto à ação penal.

A análise crítica ora proposta tem como intuito a discussão doutrinária sobre a Lei 12.015/2009. Antes de adentrar na questão central deste trabalho, mister se faz contextualizarmos tais mudanças em relação à referida lei.

4.2 Mudanças implantadas pela reforma

Discutiremos neste tópico quais as principais alterações trazidas pela Lei 12.015/2009 (que é fruto do Projeto de Lei 253/04), em relação aos Crimes contra a Dignidade Sexual, descritos no Título IV – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, Capítulos I e II, que engloba os delitos de Estupro (artigo 213), Violação sexual mediante fraude (artigo 215), Assédio Sexual (216-A), Estupro de vulnerável (217-A), Corrupção de Menores (artigo 218) e Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A, incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) e Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B, incluído pela Lei nº 12.015, de 2009), todos do Código penal Brasileiro, assim como suas implicações de ordem penal e processual penal.

Como aludido anteriormente, neste tópico analisaremos as alterações proporcionadas pela Lei 12015/2009 em relação aos delitos sexuais e suas implicações. A primeira alteração se faz mister mencionar é em relação à alteração do Título VI da parte especial do Código Penal, a começar pela nomenclatura “*DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES*” que deixou de existir, cedendo espaço para “*DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL*”.

Originariamente os crimes sexuais eram classificados como crimes contra os costumes, e assim, revelavam aspectos culturais e históricos que permeavam o tema. Com a mudança legislativa, resta claro que já não se pretende resguardar os somente os costumes, mas sim a própria dignidade sexual da parte envolvida, ou seja, a liberdade do indivíduo se determinar e manter uma vida sexual, procura, de modo objetivo, proteger a pessoa de qualquer forma de coação sexual, quer seja realizada por homem ou por mulher, visando assim proteger a própria dignidade da pessoa humana. Isto porque é sabido que a vítima de um crime sexual tem sua dignidade brutalmente atingida pela conduta criminoso. E ademais, a Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, descrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e desta forma, é direito constitucionalmente resguardado.

Uma das principais modificações inseridas pela nova lei foi a extinção do crime de Atentado violento ao pudor. A partir da publicação da nova lei, a conduta, anteriormente tipificada como atentado violento ao pudor, é enquadrada agora no tipo penal de estupro. Revogou-se o crime de Atentado violento ao pudor, e a conduta típica passou a ser disciplinada juntamente com o crime de estupro. Houve um tratamento mais gravoso pois, o que antes era denomina posse sexual passa a ser denominado estupro. Dessa nova acepção, podemos concluir que estupro hoje significa não apenas a conjunção carnal violenta, mas também o comportamento de se obrigar a vítima a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Nesse sentido, posiciona-se o professor Paulo Queiróz:

“Apesar de revogado o art. 214, não houve abolição do crime de atentado violento ao pudor, que agora passa a fazer parte do crime de estupro. Não há cuidar, pois, de abolitio criminis, mas de simples mudança do nomen juris da infração, como convinha, aliás, visto que realmente não fazia sentido a velha distinção entre estupro e atentado violento ao pudor. No essencial, tudo continua como antes, portanto.”²⁷

Percebemos que as alterações trazidas pela Lei 12.015 demonstram o intuito do legislador em amoldar as condutas que atentam contra a dignidade sexual à nova realidade da sociedade, daí a mudança dos antes denominados de crimes contra os costumes, para crimes contra a dignidade sexual.

Neste mesmo sentido preleciona ROGÉRIO GRECO²⁸

“A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.”

O professor LUIZ FLÁVIO GOMES *et al*, em sua obra “Comentários à Reforma Criminal de 2009”²⁹

²⁷ QUEIRÓZ, Paulo. Ação penal no atual crime de estupro. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/acao-penal-no-atual-crime-de-estupro/>>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

²⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. Revisão de: 26/08/2009. Adendo – Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br/>>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 33.

“O Título VI do CP, com o advento da Lei 12.015/2009, passou a tutelar não mais os costumes, mas a dignidade sexual, expressão umbilicalmente ligada à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa humana.”

Acrescenta ainda o renomado professor “*A mudança observou, corretamente, as pertinentes críticas da doutrina*”. E aduz:

“Mas no enfoque jurídico, conclui-se que a violência dos crimes sexuais deve ser totalmente desvinculada de todo e qualquer aspecto moral, pois estes atingem mormente a personalidade humana e não os costumes. Mister, então, se faz considerar tais infrações como uma invasão à privacidade da vítima, que teve isolada sua liberdade sexual”.

Em relação ao crime de Estupro, artigo 213 do Código Penal, este sofreu uma alteração substancial com o advento da Lei 12.015/09. Vejamos a nova redação do referido artigo:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Assevera o professor LUIZ FLAVIO GOMES³⁰ quando às mudanças relativas ao crime de Estupro:

“Antes da Lei 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bi-próprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, que ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bi-comum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal”.

Desta forma, agora, tanto o homem quanto a mulher podem ser autores ou vítimas de estupro. Mudou-se então o sujeito ativo e passivo do referido delito. Em síntese, atualmente, quanto ao crime de Estupro, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo assim como qualquer pessoa pode ser sujeito passivo.

Outras divergências doutrinárias e jurisprudenciais que antes eram latentes também perderam o objeto de discussão com a edição da Lei 12.015/2009. Várias outras mudanças foram implantadas pela edição da nova lei. Essas são algumas das principais alterações inseridas no Código Penal com a recente Reforma Criminal.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.* p. 37.

Ocorre que a novidade que tem causado maior repercussão corresponde a natureza jurídica da ação penal quando da ocorrência de crimes contra a dignidade sexual, em especial nos casos de estupro qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte da vítima. É exatamente sobre essa mudança legislativa e suas implicações práticas que passaremos a analisar.

4.3 A Ação Penal nos Crimes contra a Dignidade Sexual

Com a mudança trazida pela Lei nº 12.015/2009, a ação penal no crime de estupro é, agora, pública condicionada à representação do ofendido (CP, art. 225), e não mais de ação penal privada, à exceção do estupro contra menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável, de ação pública incondicionada. Vejamos a redação anterior e a atual.

Redação anterior do Artigo 225/CP	Redação atual do artigo 225/CP
<i>Art.225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.</i>	<i>Art.225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.</i>
<p><i>§1º procede-se, entretanto, mediante ação pública:</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.</i></p>	<p><i>Parágrafo único. Procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor r 18(dezoito) anos ou pessoa vulnerável.</i></p>
<i>§2º No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.</i>	

Fato é que tais alterações tem gerado várias discussões, e trazido divergências doutrinárias e jurisprudenciais, reside aqui a problemática do tema, posto que existem estudiosos a favor e contra a referida mudança trazida pela lei.

A corrente a favor de tal inovação legal afirma que a nova lei pretende castigar mais duramente seus destinatários e entende que a Súmula 608³¹ do STF deve ser revogada,

³¹ A Súmula 608 do STF dispõe que: no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

perdendo, pois, após a publicação da lei, sua utilidade. Compartilha desse entendimento o professor Guilherme de Souza Nucci³², vejamos seu posicionamento:

“Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar.”

Em síntese, alguns autores entendem que: antes da Lei 12.015, a ação penal era, em regra, privada, mas, no caso de estupro praticado mediante violência real era pública incondicionada; agora, a ação penal é, em regra, pública condicionada, não se invocando mais o entendimento outrora sumulado pela Suprema Corte.

A corrente que se posiciona contra tal mudança afirma ser inconstitucional a Lei 12.015/2009, quanto à redação do artigo 225 do CP. Isto porque tal artigo reflete uma afronta ao Princípio da Proteção Deficiente e a bens jurídicos como a Dignidade da Pessoa Humana. Vejamos o posicionamento do Procurador Regional da República na 2ª Região, Artur de Brito Gueiros Souza³³:

“Com efeito, a Lei n. 12.015, de agosto de 2009, ao alterar a redação do artigo 225, do Código Penal, exigindo a formalização de representação para a propositura de ação penal, beneficiou os acusados da prática de estupro (e atentado violento ao pudor) qualificados pelas lesões graves – v.g., lesões que acarretam a transmissão do vírus da AIDS ou aborto preterdolo da gestante – ou pela morte da vítima. Ao beneficiar, como já dito, o sujeito ativo do delito, prejudicou, em sentido inverso, o bem jurídico dignidade da pessoa humana, titularizado pelo sujeito passivo do delito sexual, objetividade esta garantida pela Constituição Federal de 1988, exigindo, para os casos em tramitação, condição de procedibilidade antes inexistente, a ser atendida em exíguo prazo legal”.

Afirma o respeitável procurador: *“Em que pese o caráter positivo da referida inovação legislativa, particularmente no que diz respeito a um melhor tratamento dogmático da exploração sexual de crianças e adolescentes em nosso ordenamento jurídico, é forçoso reconhecer a existência de grave equívoco do legislador, consistente na nova redação do art. 225, do Código Penal”.*

³² NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

³³ SOUZA, Arthur de Brito. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.015/09 (a nova redação do art. 225, do CP, e o Princípio da Proteção Deficiente). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/inconstitucionalidade_lei.pdf/>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

Pelo entendimento do referido procurador, para a forma básica de estupro, o atual artigo 225 importou em *novatio legis in pejus*, e que para as formas qualificadas pelos resultados lesão corporal de natureza grave e morte, o novo regime legal importou em *novatio legis in melius*. Por se tratar de *novatio legis in melius*, a nova regra retroage em benefício daqueles que estão a responder pelo delito de estupro (e atentado violento ao pudor), perpetrados de forma qualificada – artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal – antes da edição da Lei n. 12.015/09.

Afirma ainda o respeitável Procurador que: *“Caso não se reflita sobre a presente questão, em breve haverá um verdadeiro “caos” nas varas criminais e nos Tribunais brasileiros, não só por conta da propositura de inúmeros habeas corpus em favor de acusados de estupro qualificado, como, igualmente, pela provável dificuldade de localização, em tempo hábil, das vítimas ou parentes de vítimas de estupro e atentado violento ao pudor que redundaram em lesões graves ou mortes”*.

Coaduna também com esse entendimento, o qual considera inconstitucional o novo artigo 225 CP, e por conseguinte, acredita na vigência da Súmula 608 STF o doutrinador ROGÉRIO GRECO³⁴, vejamos seu parecer sobre o tema:

“Em que pese a nova redação legal, entendemos ainda ser aplicável a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: Súmula 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido como emprego de violência real, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido (a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça.

Ainda sobre a corrente de estudiosos jurídicos que se posicionam pela inconstitucionalidade da lei 12.015/2009 citamos o parecer de Paulo Queiroz³⁵:

“não se compreenderia que uma lei, que aboliu a ação penal privada e pretendeu castigar mais duramente seus destinatários, tratasse de modo mais brando justamente os autores dos delitos mais graves (até com resultado morte), ao condicionar (supostamente) a ação penal à representação da vítima, que poderá estar morta inclusive”.

³⁴ GRECO, Rogério. *Op. cit.* Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 17 de maio de 2010.

³⁵ QUEIRÓZ, Paulo. *Op. cit.* Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/acao-penal-no-atual-crime-de-estupro/>> . Acesso em: 17 de maio de 2010.

O professor LUIZ FLÁVIO GOMES³⁶, ao comentar sobre a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual aduz que:

“entendemos, com o devido respeito, que a ação penal, para os casos praticados antes da vigência da nova lei, deve continuar sendo privada (queixa-crime), vez que, do contrário, estar-se ia subtraindo inúmeros institutos extintivos da punibilidade ao acusado (renúncia, perdão do ofendido, preempção etc). A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas conta com reflexos penais imediatos. Daí a imperiosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage”.

Pelos motivos acima expostos, em 18 de agosto de 2009, o Procurador Regional da República na 2ª Região, Sr. Artur de Brito Gueiros Souza subscreveu ao Exmo. Procurador-Geral da República – Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos – uma representação de inconstitucionalidade da Lei n. 12.015/09, para que o E. Supremo Tribunal Federal pudesse, o quanto antes, analisar a gravidade da citada inovação legislativa, em benefício de toda a sociedade.

Também se faz mister citarmos aqui a ADI 4301. Em 14 de setembro de 2009, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal almejando que seja declarada parcialmente inconstitucional o caput do art. 225 do Código Penal.

A PGR, que pediu a concessão de liminar, sustenta que, com a nova redação do art. 225, a ação penal para apuração do estupro, inclusive os qualificados pela lesão corporal grave ou morte da vítima, passou a ser pública condicionada. Vejamos um trecho da referida ADI:

"Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra a redação dada ao art. 225 do Código Penal pela Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, que teria ofendido os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado"

(...)

“Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal grave ou morte, visto que a persecução

penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

Referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime, constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa

³⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.* p. 62, 63.

humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).³⁷

De acordo com a Procuradoria Geral da República, a nova redação do art. 225 do Código Penal, cria um empecilho à atuação do *Parquet* em crimes de alto potencial ofensivo que gozam de grande reprovabilidade social, o que fere diretamente os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.

Fato é que ainda resta controversa a constitucionalidade ou não do artigo 225 do CP, modificado pela Lei 12.015/2009, o qual torna pública condicionada a representação a ação penal nos casos dos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal Brasileiro, conferindo-se pois legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar.

³⁷ O acompanhamento desta ADI pode ser feito através do site: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3758530>

5. REFLEXOS DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA CRIMINAL

5.1 Pontos controversos da Reforma

Após a publicação da Lei 12.015/2009, vários tem sido os posicionamentos a cerca das mudanças trazidas por ela. Parte dos doutrinadores acreditam que esta lei não supriu a demanda esperada por grande parte deles. Exemplo deste descontentamento é a afirmativa da ex-procuradora do estado de São Paulo, LUIZA NAGIB ELUF³⁸, vejamos:

“Quanto à ação penal, também houve modificação, porém não exatamente aquela que esperávamos. É que, anteriormente, a ação penal relativa aos crimes contra os costumes era, em regra, privada. Ou seja, o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o rapto e outros delitos eram de iniciativa exclusiva da vítima, com algumas exceções. Assim, a mulher de classe média, com possibilidade de pagar para processar seu agressor, não poderia contar com a atuação do Ministério Público para dar início à ação penal contra o criminoso. Por essa razão, se afigurava urgente a modificação desse dispositivo para que fosse estabelecida a ação penal pública incondicionada no caso de crime sexual. A nova lei, porém, não trouxe essa inovação, ficando no meio termo: determina que a ação penal seja pública, porém condicionada a representação”.

E segue a referida procuradora:

³⁸ ELUF, Luiza Nagib. A reforma dos crimes sexuais. Texto disponível em: <
<http://www.luizanagibeluf.com.br/>>

“Tal alteração não satisfaz, porque cria dificuldades na apuração dos fatos e supõe que, para a vítima de crime sexual, denunciar seu agressor poderia ser um constrangimento pelo qual talvez não quisesse passar. Assim, deixa a seu critério pedir a propositura da ação (...)

Enfim, é de se lamentar que a nova lei não tenha ido mais longe para amparar com maior eficiência as vítimas de crimes sexuais. Mesmo porque, é interesse social que isso aconteça. A decisão de processar não pode ficar a critério da vontade individual.”

A afirmativa acima citada, expressa claramente a posição de alguns doutrinadores, os quais acreditam que a referida lei não resolveu de forma suficiente o esperado. Ademais, grande parte dos estudiosos do direito acredita que a nova situação trazida pela lei é mais benéfica para o acusado, pois o início da persecução criminal depende de uma condição específica de procedibilidade, motivo pelo qual a retroatividade é de rigor, abrangendo os casos pendentes.

O professor PAULO QUEIROZ³⁹ aduz que esta reforma apresenta pontos positivos, porém não há que se olvidar que a novel legislação desperta algumas questões nebulosas, que merecem ser discutidas. Veja-se:

“Para que uma reforma penal alcance resultados verdadeiramente úteis, “é preciso, sob a regência dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da eficiência, da lesividade, etc., dar início a um radical processo de descriminalização”.

Nesse sentido, afirma o doutrinador PAULO RANGEL⁴⁰:

“Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida estará a representação. Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da Lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar. Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias.”

E continua o referido doutrinador:

“Qual o prazo para esta representação (agora uma verdadeira condição específica de "prosseguibilidade")? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da Lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91, in verbis: "nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência".

³⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. 2a edição. Belo Horizonte: Delrey, 2002., p. 127.

⁴⁰ RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 304.

Fato é que na prática, verifica-se que muitos juízes estão reabrindo o prazo decadencial de 6 (seis) meses com a intimação da vítima para apresentar a representação. De qualquer forma, independente do prazo a ser considerado, uma vez intimada, a vítima, se pretender o prosseguimento da ação penal, deverá oferecer a representação ou ao menos evidenciar assentimento, o que pode ser alcançado tacitamente. Do contrário, caso não queira o prosseguimento desta ação penal, deverá negar expressamente ao juiz esse seu direito ou deixar passar o prazo *in albis*, o que promoverá a extinção da punibilidade do agente do delito.

Acreditamos que o que se pretende com a Lei 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva aos crimes contra a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole e crueldade humanos.

Entendemos que é preciso muita cautela na aplicação no tempo desta novel lei, assim como deve ser fixada a regra de que a ação penal será pública incondicionada nos crimes praticados contra menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável e naqueles cujo o resultado seja lesão corporal grave ou morte da vítima.

5.2 Resultados práticos da mudança

Quanto às mudanças, a principal delas foi a mudança em relação ao bem jurídico objeto de tutela de alguns dos tipos alterados. Assim, considerando, em face do Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos Essenciais, que a moralidade sexual não pode ser objeto de proteção penal, foi protegido ao bem liberdade sexual.

Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, este foi incorporado pelo crime de estupro. Em relação ao sujeito passivo do crime de estupro, o legislador consagrou consagrando o princípio constitucional da Igualdade, e tratou de prever a possibilidade de também o homem figurar como sujeito passivo neste delito. Quanto ao Tráfico de Pessoas, tipo penal que, até então, era inserido no capítulo do Lenocínio e Tráfico de Mulheres. Revogou-se o delito do Rapto e passou-se a considerar a conduta daquele que priva a liberdade de outrem para, com isso, buscar fins libidinosos, entre os Crimes Contra a Liberdade Individual, com o acréscimo do inc.V ao art. 148 do Código Penal.

Em relação à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, agora é pública condicionada à representação da vítima, respeitando pois, desta forma, a vontade da vítima, porém, esta não precisa tomar a frente do pólo ativo da demanda, expondo-se ainda mais, já que a ação penal será oferecida pelo Ministério Público.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, acreditamos que o teor da Lei 12.015/2009, dentro da reforma criminal atinente aos crimes contra a dignidade sexual produziu avanços como o fim da discussão acerca da possível configuração de concurso de crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Neste ponto, impende destacar que a revogação do art. 214 do Código Penal não representou a *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor.

Quanto à discussão concernente a qual ação penal condizente nos casos de estupro qualificado pela lesão corporal grave ou pela morte, diante dos argumentos jurídicos apresentados, como a ação penal cabível para crimes complexos e o teor da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, é imperioso concluir em favor da manutenção da natureza de ação pública incondicionada para o caso de estupro qualificado, mesmo após a edição da Lei 12.015/2009.

De todo o exposto neste breve trabalho, percebemos que grande é o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 225 do Código Penal Brasileiro, que tem como seguidores vários doutrinadores e estudiosos do direito penal. Acreditamos que este ainda é um tema polêmico, com posicionamentos divergentes, e que ainda deve ser muito discutido no âmbito do universo jurídico, pois que não existe, até o momento, uma posição jurisprudencial e doutrinária consolidada. Espera-se também pelo julgamento da ADI 4301 de 14 de setembro de 2009, ajuizado pela Procuradoria Geral da República (PGR) junto ao

Supremo Tribunal Federal para que se dê o devido tratamento legal ao referido dispositivo, cabendo à esse órgão de cúpula julgar pela constitucionalidade ou não do referido artigo.

Acreditamos também ser de singular importância da Política Criminal para que o Direito Penal possa evoluir em conformidade com a evolução da nossa sociedade, e para que os princípios constitucionais sejam cada vez mais observados e projetados no Ordenamento Jurídico-Penal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. *Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Edições Vértice, 2010.

BRASIL, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – *Código Penal Brasileiro*.

BRASIL, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 – *Código de Processo Penal*.

BRASIL. Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993.

BRASIL. Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993.

BRASIL. MPU: **Histórico do Ministério Público no Brasil**. Disponível em: <<http://www.mpu.gov.br/navegacao/institucional/historico>> Acessado em 17 de Maio de 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17ª edição. Editora Saraiva, 2010.

ELUF, Luiza Nagib. **A reforma dos crimes sexuais**. Disponível em: <<http://www.luizanagibeluf.com.br/>>. Acesso em 17 de Maio de 2010.

FERRAZ, Antônio Augusto de Mello Camargo. **Ministério Público: instituição e processo**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, Volume I**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, Volume III**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. Revisão de: 26/08/2009**. Adendo – Lei 12.015/2009. **Dos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: < <http://www.editoraimpetus.com.br/> >. Acesso em: 17 de maio de 2010.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Geral. Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LYRA, Roberto. **Teoria e Prática as Promotoria Pública**. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 2ª edição. Belo Horizonte: Delrey, 2002.

QUEIRÓZ, Paulo. **Ação penal no atual crime de estupro**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/acao-penal-no-atual-crime-de-estupro/>>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SOUZA, Arthur de Brito. **Inconstitucionalidade Da Lei 12.015/09 (a nova redação do art. 225, do CP, e o Princípio da Proteção Deficiente)**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/inconstitucionalidade_lei.pdf/>. Acesso em: 17 de maio de 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1999.