

A ação penal no crime de estupro com violência real e a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal

Válter Kenji Ishida

I - Introdução

Como é sabido, a Lei n. 12.015, de 09 de agosto de 2009 trouxe diversas modificações sobre os antigos crimes contra os costumes que passaram a ser designados crimes contra a dignidade sexual.

Interessa-nos em particular, o delito de estupro e a ação penal. Já no nosso Curso de Direito Penal, 2ª edição, Editora Atlas, realizávamos um estudo detalhado da incidência da nova lei. Agora com quase quatro anos de vigência, realizamos uma atualização diante da interpretação dos tribunais superiores. Isso é importante em razão dos inúmeros casos em que o parquet bandeirante se defrontou, destacando-se um mais recente, onde o acusado foi processado, utilizando-se o entendimento da Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal. Já adiantamos nossa preferência que, para delito tão grave de natureza hedionda, melhor seria que a ação penal fosse pública incondicionada.

II - A ação penal no crime de estupro

Regra geral para os casos anteriores ao dia 10 de agosto de 2009. A alteração do art. 225, do CP, traz discussão sobre os processos-criminais em andamento. Anteriormente, a regra era a ação penal privada. A nova norma do art. 225, do CP, é híbrida, tendo natureza processual penal porque lida com o direito de ação, mas também é de natureza penal porque envolve a hipótese de extinção da punibilidade (decadência).

Conforme Damásio: “As disposições contidas no CP a respeito da ação penal são normas de natureza processual penal, salvo as que tratam da decadência do direito de queixa e representação...” (Direito penal, parte geral, p. 659), mas como possui natureza penal só tem eficácia para os crimes cometidos na vigência da Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009. Ela não retroage para os crimes praticados antes de 10 de agosto de 2009. Isso porque, sem dúvida, trata-se de uma lei mais rigorosa, já que a ação penal pública é mais rigorosa que a ação penal privada, até pelos princípios que regem a mesma. Caso contrário, estar-se-ia subtraindo inúmeros institutos de extinção da punibilidade como o perdão do ofendido e a perempção (Rogério Sanches Cunha, Comentários à reforma criminal de 2009, p. 63; Nucci, Crimes contra a dignidade sexual, p. 70). Como o art. 6o da referida Lei estabelece

que a lei entrará em vigor na data da sua publicação e a referida Lei foi publicada em 10 de agosto de 2009, a ação penal pública condicionada só terá valor para os crimes cometidos de 10 de agosto de 2009 para frente.

III - Crime com violência real

Segundo a Súmula 608 do STF, o crime seria de ação penal pública incondicionada. Exemplo: mulher com condições financeiras é estuprada mediante a utilização de força. Era caso de ação penal pública incondicionada. A nova regra menciona que a ação penal é pública condicionada. Nesse caso, a regra mais nova, sem dúvida, é mais benéfica porque exige a representação. Assim, os casos em andamento sem trânsito em julgado exigem a representação da vítima. Estando a ação penal em andamento, é condição de prosseguibilidade e não de procedibilidade, a representação do ofendido.

Entendemos que, nesse caso, o prazo é de 6 meses contado da entrada em vigor da lei: 10 de agosto de 2009 (data da publicação), pensamento adotado também na ADI no 4.301. Já Nucci entende que não se aplica o prazo decadencial do art. 38 do CPP, devendo haver manifestação imediata, mas admitindo o consentimento tácito (se não comparecer, é entendido que quer representar) (Crimes contra a dignidade sexual, p. 69). De qualquer forma, a doutrina e a jurisprudência em geral, entendiam que crimes anteriores à Lei n. 12.015 seriam de ação penal pública condicionada.

Havendo trânsito em julgado, não há como se exigir a representação que é matéria nitidamente do processo de conhecimento. A previsão do art. 2º, parágrafo único, se aplica a abolitio criminis e à matéria concernente ao processo de execução: diminuição de pena, alteração de regime etc. Aplica-se o mesmo raciocínio ao crime praticado contra curatelado (anteriormente ação penal pública incondicionada), que agora se torna pública condicionada, pois o curatelado não é tecnicamente pessoa vulnerável (Nucci, Crimes contra a dignidade sexual, p. 70).

IV - Acórdão paradigma

Analisando caso ocorrido em 24.04.2006, onde a representação ocorreu apenas em 19.02.2009, o Min. Sebastião Reis Júnior do Superior Tribunal de Justiça, prolatando decisão não técnica, mas decorrente de política criminal rigorosa, entendeu que ainda vigora nesse caso, a Súmula 608, sendo caso de ação penal pública incondicionada. Saliencia-se que tal decisão incidiu sobre o processo de conhecimento, versando sobre decisão de pronúncia envolvendo delito de homicídio doloso e estupro:

"Consoante o entendimento firmado neste Superior Tribunal, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada. Inteligência da Súmula 608/STF. (...)Se há indícios de que o crime sexual foi praticado mediante violência e grave ameaça contra a ofendida, inclusive com o uso de faca, é desnecessário discutir se o termo de representação e a declaração de hipossuficiência, colhidos ao término da instrução, são extemporâneos.(...)"

A menção "não técnica" se justifica porquanto como acima mencionamos, acompanhado de outro autores, tratar-se-ia de hipótese de transição da ação penal pública incondicionada para a condicionada. Isso porque a Súmula 608 estaria "tacitamente revogada" (ressaltando que esta não tem o caráter de lei) em razão de sua construção histórica. O fato do crime de estupro com violência, inexistindo a falta de condição financeira, ser de ação penal privada, fez com que nossa Corte Maior alterasse esse entendimento justamente para evitar a impunidade. Foi editada na sessão de 17/10/1984, com fundamento dos seguintes dispositivos do Código Penal vigentes à época: art. 102, "caput"; art. 103; art. 108, IX; art. 213; art. 223, "caput"; e, art. 225. O art. 223 foi revogado e o art. 225 alterado substancialmente (cf. Kleber Vinicius Bezerra Camelo de Melo, Análise sistêmica da derrogação da Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal em decorrência da edição da Lei nº 12.015/2009, "in" www.jus.com.br)

Supõe-se que alterado esse panorama, com o advento da ação penal pública condicionada, tal Súmula perderia razão de existir, passando a ser regra nesse tipo de caso, a ação penal pública condicionada. No HC 103.891 do Supremo Tribunal Federal, j. 15.03.2011, houve menção à referida Súmula. O caso seria de ação penal pública condicionada, pela falta de condições financeiras, tendo o Min. Marco Aurélio entendido que haveria decadência pela falta de representação. Todavia, O Min. Ricardo Lewandowski entendeu que aplicar-se-ia a Súmula 608 do STF, mas que a hipótese deveria ser melhor analisada no processo de conhecimento sobre a incidência da violência real.

Todavia, tal acórdão ainda deixou em aberto a solução, mencionando que se ainda fosse condicionada, a representação seria implícita (HC nº 168.697/SP, j.07.02.2012):

"4. Mesmo que se entendesse imprescindível a aquiescência da vítima, sua intenção já foi demonstrada, pois sua conduta após o evento delituoso –

comparecimento à Delegacia e submissão ao exame pericial – serve para validar o firme interesse na propositura da ação penal.”

E esta seria a solução mais técnica: reconhecer nesse tipo de caso, como de ação penal pública condicionada, mas admitindo que o fato da vítima comparecer à Delegacia de Polícia seria hipótese de representação tácita ou implícita, dispensando qualquer outra formalidade. Nesse sentido, Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, p. 47: “Além disso, a manifestação de vontade da ofendida ou do representante legal pode ser considerada em face do próprio boletim de ocorrência (BO) (RT 454/360) ou do simples comparecimento à Polícia,...”

V – Conclusão

O fato é que de duas, uma. Ou se reconhece tal tipo de delito como de ação penal pública condicionada, admitindo-se a representação implícita ou se faz o revigoração da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, talvez com a edição de uma Súmula Vinculante sobre o tema, para que se espanque qualquer dúvida sobre o tema. O que não pode é um acórdão com dupla interpretação. Ressalte-se que a tendência dos tribunais superiores é de manter em vigor a Súmula 608, sem qualquer outra alteração.