

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Rogério Schietti M. Cruz

Sustentou-se, em artigo publicado no *Boletim* n° 197 do IBCCRIM, a ilegitimidade do Ministério Público para mover ação penal em crimes sexuais em que a ofendida é pobre (segundo a articulista, a advogada **Carla Rahal Benedetti**, a legitimação processual, na hipótese positivada no artigo 225, § 1º, I, do CPB, seria da Defensoria Pública). Por outros motivos, persiste boa parte da doutrina em validar a exclusividade da iniciativa, para mover a *actio penalis*, da vítima com recursos financeiros suficientes para custear a demanda, quando não resulta, do estupro ou atentado violento ao pudor, lesões graves ou morte (artigo 225, *caput*, do CPB).

Não pretendo rebater argumentos históricos utilizados para justificar opções de política criminal que, na sociedade do Século XXI, precisariam ser revistos, e muito menos confrontar posições institucionais que podem assumir um indesejado viés corporativista. Interessa-me afirmar que, *por três bons motivos*, não mais se sustenta, sob a ordem constitucional vigente e no âmbito de uma sociedade que se queira reger, em suas relações punitivas, por códigos normativos modernos, a regra que ainda permite, a depender da interpretação, que se queira dar — *fruto de uma eleição prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas*, como diria Ferrajoli —, que a persecução penal e a punição de autores de crimes tão graves seja uma escolha da vítima (por razões de *conveniência*, como reconhecido no aludido texto) e não do Estado. Senão vejamos:

### 1. A punição do autor da infração não pode depender da condição financeira da vítima.

Com efeito, a punição de crimes tão graves como os que se praticam contra a liberdade sexual não pode ser decidida por aspectos meramente econômicos.

A tendência do processo penal moderno é caminhar para a delegação ao Ministério Público da tarefa de exercer a ação penal condenatória, transigindo-se apenas com a possibilidade de, em casos excepcionais, conferir-se ao particular o poder de provocar a persecução penal, por meio de algo similar à nossa representação.

Nessa direção, o mestre lusitano **Figueiredo Dias**<sup>(1)</sup> assinala que, "*considerando-se o direito penal como direito de 'proteção' dos bens fundamentais da comunidade e o processo penal como um 'assunto da comunidade jurídica', em nome e no interesse da qual se tem de esclarecer o crime e perseguir e punir o criminoso, torna-se de imediato compreensível que a generalidade das legislações actuais, e entre elas a nossa, vote no sentido de reputar a*

*promoção processual das infrações tarefa estadual, a realizar oficiosamente, portanto, em completa independência da vontade e da actuação de quaisquer particulares.*"

Em abono a esse pensamento, **Velez Mariconde**, após acentuar que a participação dos cidadãos no exercício da ação penal decorre do fato de que todos são afetados pelo fato criminoso, pondera que, em uma sociedade organizada sob um Estado republicano, "*el delito reclama la intervención directa e inmediata del Estado, o sea, de la sociedad como entidad jurídica, no sólo para su juzgamiento sino también para preparar, promover y demandar el ejercicio de la jurisdicción de la ley*"<sup>(2)</sup>.

A opção legislativa de dar ao particular a opção de punir ou não autores de condutas criminosas — por razões de política criminal, centradas, basicamente, na menor gravidade de certas infrações penais, ou mesmo no interesse de proteção da intimidade de quem é mais diretamente atingido pelo delito — tem merecido consistentes críticas por considerável segmento doutrinário.

Assim, **Afrânio Jardim**<sup>(3)</sup> assevera que a manutenção da ação penal de iniciativa privada "*é fruto de uma visão privatística do Direito e Processo Penal*", no que é acompanhado por **Tourinho Filho**<sup>(4)</sup>, que propõe seja a ação penal privada reservada a "*umas pouquíssimas infrações, como ocorre no Direito argentino ou no Direito alemão...*"

Quase todas as hipóteses em que se previu, em nosso sistema punitivo, a ação penal de iniciativa do particular ofendido são referentes a crimes de menor gravidade, geralmente punidos com pena não superior a dois anos de detenção. Não é o caso dos crimes graves de que estamos a falar.

De outro ângulo, dispensa comprovação afirmar que os quase 70 (setenta) anos a nos separar da sociedade de 1940 impõem uma releitura das normas do Código Penal, elaborado tendo como pano de fundo uma série de valores, posturas e costumes sociais compatíveis com aqueles tempos, mas totalmente desajustados com as práticas sociais do Século XXI.

Parêce insustentável que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, estruturado de forma republicana, a ação penal, que sempre é *essencialmente* pública, exercida com exclusividade pelo Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF), a quem toca a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*) seja transferida, sob a roupagem de *ação penal privada*, ao particular ofendido pelo crime, como condição *sine qua non* para o exercí-

cio da jurisdição penal e punição do culpado, mediante o devido processo legal.

Saliente-se que a Constituição Federal deixou clara a opção pela persecução penal pública, prevendo unicamente a ação penal privada em *caráter subsidiário* daquela, o que denota bem cuidar-se de verdadeira *garantia* ao jurisdicionado — tanto que prevista no capítulo dos direitos, no art. 5º, inciso LIX, da CF — nas hipóteses de omissão ou desídia do Ministério Público. É bom que se diga que a ação penal privada, propriamente dita, não foi contemplada na Constituição Federal, embora continue a ser exercitada tendo como lastro normas legais, a maioria constante do Código Penal.

Não se mostra sustentável pelo Direito, ou mesmo pelas regras da boa razão, impor ao particular exercer uma ação penal — que demanda, além dos seus naturais custos financeiros, o custo moral de movimentar, provavelmente durante anos, a máquina judiciária — apenas porque se trata de pessoa com recursos financeiros, como se o Estado fosse obrigado a prestar jurisdição penal somente para os pobres. É como se o Estado dissesse ao jurisdicionado: "*Se você é rico, deve arcar com os ônus financeiros e morais de um processo criminal contra o autor do estupro, mas, se for juridicamente pobre, o Estado o desobriga de tal ônus.*"

### 2. Se o crime é considerado pela Constituição da República como hediondo, não pode depender de ação da vítima.

Deveras, mostra-se paradoxal a previsão de ação penal privada para processar e julgar pessoa acusada de crime considerado hediondo.

A Constituição Federal deixou clara a sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos, prevendo, inclusive, a inafiançabilidade dessas infrações. A seu turno, a Lei n° 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a ideia de que esses crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua repressão.

Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de estupro, como entender que a punição de delito considerado hediondo dependerá não apenas da vontade e capacidade financeira da própria vítima ou de sua representante legal, mas, também, de sua capacidade técnica e profissional de levar a cabo, com todos os seus ônus, uma ação penal contra o acusado?

### 3. Uma criança vitimada por crime de natureza sexual merece proteção incondicionada do Estado.

A incongruência de prever-se o condicionamento, ou a transferência ao particular, da ação penal por crime de estupro ou de atentado violento ao pudor é ainda mais palpante quando a vítima dessa nefasta conduta humana é criança, incapaz, portanto, de defender-se não somente contra as investidas criminosas de que foi alvo, mas, também, de decidir, por si mesma, se deve ou não levar a julgamento o responsável por tais atos criminosos.

Além do aspecto financeiro já analisado, a condição da pessoa vitimada pelo crime não pode ser descuidada ou, o que é pior, ensejar interpretação que, em última análise, transfere ao pai ou à mãe o encargo de prolongar e alargar o sofrimento familiar, propondo, por meio de advogado, uma custosa e demorada ação penal, quando existe um órgão estatal adrede criado para tal finalidade.

Releva observar que a criança, rica ou pobre, tem merecido especial proteção do Estado brasileiro, máxime a partir da nova ordem constitucional. Não é sem motivo que o art. 227, da Constituição Federal, estabelece como dever não só da família e da sociedade, mas do Estado, “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, a par de reforçar a mencionada norma constitucional, previu, em seu art. 98, várias medidas de proteção à criança e ao adolescente, aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos a elas forem ameaçados ou violados.

Se a proteção da criança e a preservação de sua dignidade são metas prioritárias do Esta-

do brasileiro, inclusive diante da eventual negligência da família (a quem cabe, em primeiro lugar, o dever de proteção), não se mostra ajustada ao novo paradigma constitucional qualquer norma que dificulte ou mesmo impeça essa proteção.

Na acurada lição de Ingo Sarlet<sup>(5)</sup>, “não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência”.

Em suma, a ação penal para verificar a existência de um gravíssimo crime cometido — sobretudo se a vítima for uma criança — e eventualmente punir o seu autor, deve tocar ao Estado, estruturado e capacitado para, com o concurso do órgão adrede concebido para exercer tal Ministério Público, não permitir que opções familiares, ou questões patrimoniais ou econômicas, decidam a sorte de quem infringe a lei penal e viola a integridade física e psíquica e a liberdade sexual de outrem.

#### NOTAS

- (1) JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. *Direito Processual Penal*. Coimbra: 1984, p. 116.
- (2) A. VELEZ MARICONDE. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 284.
- (3) AFRÂNIO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 128.
- (4) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, v. 1.13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 373.
- (5) INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112.

**Rogério Schietti M. Cruz**

Procurador de Justiça (MPDFT);  
doutor e mestre em Direito Processual Penal (USP)

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### FÓRUM ON-LINE: PARTICIPE DESSES ENCONTROS!

Todos os meses, o Fórum on-line traz assuntos de interesse geral, proporcionando debates, com a participação de importantes professores e pesquisadores. Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum on-line e de onde estiver, participe!

■ **Data:** 13 de maio de 2009

**Horário:** Das 11h00 às 12h00

**Tema:** *Direito Penal Militar: Noções e Limites*

**Entrevistado:** Nelson Lacava Filho - Mestre em Direito Penal pela USP, assessor da Presidência do Superior Tribunal Militar e autor de obras jurídicas

**Mediador:** Regina Ferreira (IBCCRIM)

■ **Data:** 17 de junho de 2009

**Horário:** Das 11h00 às 12h00

**Tema:** *Terrorismo e Direito Penal*

**Entrevistado:** Marcello Ovidio Lopes Guimarães - Mestre e doutorando em Direito Penal pela USP, juiz de Direito em São Paulo, autor da obra *Tratamento Penal do Terrorismo*, da Editora Quartier Latin

**Mediador:** Luis Eduardo Crosselli (IBCCRIM)