



<etiqueta do registro>

Órgão : PRIMEIRA TURMA CRIMINAL
Classe : HBC – HABEAS CORPUS
N. Processo : 2009 00 2 009572-9
Impetrante : MARÍLIA GABRIELA GIL BRAMBILLA
Paciente : A.L.O.
Presidente : Desembargadora SANDRA DE SANTIS
Relator : Desembargador MARIO MACHADO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** CONDOTA ANTERIOR DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PELA IDADE DA VÍTIMA. ADVENTO DA LEI Nº 12.015/2009. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA DA CONDOTA, AGORA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INDEFERIMENTO. NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL, ANTIGA REDAÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NOS CASOS EM QUE É VÍTIMA DE CRIME DE NATUREZA SEXUAL CRIANÇA OU ADOLESCENTE. HIPÓTESE DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. REJEIÇÃO DA ORDEM QUANDO PRETENDE O TRANCAMENTO DESTA. PREJUDICIALIDADE DA ORDEM QUANTO À QUEIXA.

*A conduta imputada ao paciente, prática de ato libidinoso com menor que contava seis anos de idade, antes descrita no artigo 214 c/c artigo 224, “a”, ambos do Código Penal, redação antiga, permanece criminalizada após o advento da Lei nº 12.015/2009, só que em dispositivo diverso, qual seja, o novo artigo 217-A, introduzido pelo artigo 3º da Lei nº 12.015/2009. Há continuidade normativo-típica da conduta. Inocorrência de **abolitio criminis**.*

O processo penal adota, para resolver questão de direito intertemporal, o sistema do isolamento das fases processuais

(artigo 2º do Código de Processo Penal). Por isso, têm validade plena, na espécie em desate, os atos processuais realizados anteriormente ao advento da Lei nº 12.015/2009, sob a égide da lei antiga, que, no ponto, deverá ser observada, mormente quando mais favorável à defesa. Portanto, a pertinência da denúncia e a da queixa deverão ser examinadas em face do artigo 225 do Código Penal na anterior redação, não na nova. Entendimento contrário implicaria aplicar retroativamente a Lei nº 12.015/2009 e ferir de morte o artigo 2º do Código de Processo Penal. Subsistência, destarte, de interesse quanto ao incidente de inconstitucionalidade do antigo artigo 225 do Código Penal.

A norma reputada inconstitucional pelo Ministério Público, artigo 225, caput, do Código Penal, na antiga redação, datava de 7/12/1940, enquanto que a vigente Constituição Federal foi promulgada em 5/10/1988. A norma, pois, era anterior à ordem constitucional vigente. Nessa circunstância, não há cogitar de eventual inconstitucionalidade, mas da ocasional não recepção da lei antiga pela Constituição nova, ou seja, da eventual revogação da lei anterior pela posterior (a Constituição). E para isso decidir não se observa a cláusula da reserva de plenário, cabendo o julgamento direto da espécie ao órgão fracionário do tribunal. Ademais, o artigo 225 do Código Penal de 1940 na antiga redação foi também revogado pela Lei nº 12.015, em vigor desde 10/08/2009, que lhe deu nova redação, por sinal afinada com a posição defendida pelo Ministério Público, vale dizer, instituindo a ação penal pública incondicionada para a espécie dos autos. Incidente, portanto, não admitido, prosseguindo o julgamento.

O artigo 227 da Constituição Federal diz ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e crueldade. Ora, o antigo atentado violento ao pudor com presunção de violência pela idade da vítima, atual estupro de vulnerável, tendo como ofendida criança ou adolescente, envolve sempre ataque repulsivo a bens jurídicos indisponíveis e de elevadíssimo valor social, não sendo possível, pelo menos a partir do advento da Constituição Federal de 1988, subordinar sua punibilidade à vontade da vítima ou de seus representantes

*legais. Eventual **strepitus iudicii**, razão do legislador de 1940 para fundar a opção pela ação privada, não se pode sobrepor aos interesses de ordem pública superiores, eleitos pelos constituintes de 1988. Aliás, o § 4º do artigo 227 da Carta Maior assegura que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Isso só é possível mediante ação penal pública incondicionada, função institucional do Ministério Público, a quem cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição Federal).*

*Mais ainda: inviável, em face do texto dos artigos 5º, **caput**, 227 e seu § 4º e do inciso XXXV do artigo 5º, todos da Constituição Federal, discriminar-se a criança ou adolescente vitimado e seus pais, que tenham melhor situação econômica, daqueles que não o tenham, outorgando somente aos últimos ação penal pública mediante representação, dela alijando, por terem mais dinheiro, os primeiros, como se não fossem os mesmos os bens jurídicos indisponíveis e de elevadíssimo valor social. É dizer, também não foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, quando vitimada criança ou adolescente, o § 1º, inciso I, e o § 2º do artigo 225 do Código Penal de 1940 **em sua antiga redação**. Aliás, considerada a não recepção do próprio **caput** do artigo 225, **na antiga redação**, quando vitimada criança ou adolescente, ou seja, a sua revogação pela lei posterior, a Constituição de 1988, não podem subsistir os §§ 1º, com seus incisos, e 2º, **antiga redação**. Vitimada criança ou adolescente, a ação penal sempre será pública incondicionada, independentemente da situação econômica da vítima e seus representantes, e de o crime ser cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.*

Reconhecida a legitimidade do Ministério Público para a ação penal proposta contra o paciente e denegada a ordem quando pretende o seu trancamento. Julgada prejudicada a ordem quando investe contra a queixa- -crime intentada pelos representantes legais da vítima, porque já rejeitada pela MM. Juíza, ao entendimento de caber a ação penal pública e não a privada.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (MARIO MACHADO, GEORGE LOPES LEITE e SANDRA DE SANTIS), sob a presidência do Desembargador MARIO MACHADO, em ADMITIR E DENEGAR A ORDEM. UNÂNIME, conforme ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, em 20 de agosto de 2009.

Desembargador MARIO MACHADO
Relator

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela advogada, Dra. MARÍLIA GABRIELA GIL BRAMBILLA, em favor de A.L.O. Investe a impetração contra o ato da MM. Juíza da 7ª Vara Criminal de Brasília, por cópia à fl. 143, que, em 08/07/2009, recebeu a denúncia apresentada em 08/06/2009 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra o paciente, imputando-lhe a prática do crime de atentado violento ao pudor, com violência presumida em razão da idade da vítima, à época com seis anos (artigo 214 c/c artigo 224, “a”, ambos do Código Penal), fato este que se afirma ocorrido em 10/09/2007 (fls. 18/19). Investe igualmente

contra a queixa-crime ofertada pelos representantes legais da vítima em 16/05/2009 (fls. 147/151). Argumenta que o crime alegado não sucedeu e, se sucedido houvesse, a ação penal seria da exclusiva iniciativa da vítima, por imposição do artigo 225 do Código Penal. Sustenta que, datado o fato de 10/09/2007, verificou-se a decadência do direito de queixa e de representação, conforme os artigos 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Diz que a vítima e seus representantes sequer são hipossuficientes, não se caracterizando qualquer das hipóteses de ação penal pública (incisos I e II do § 1º do artigo 225 do Código Penal). Explicita também não se relatar caso de violência real, o que inviabiliza a ação penal pública com base na Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal. Enfatiza que o prazo decadencial de seis meses não se interrompe, não se suspende e não se prorroga, prevista a decadência como causa de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso IV, do Código Penal). Pede liminar para suspender o curso da ação penal e para imediata rejeição da queixa-crime, e, no mérito, a concessão da ordem para, mantida a liminar, trancar a ação penal, reconhecendo a ilegitimidade ativa do MINISTÉRIO PÚBLICO para a causa, e rejeitar a queixa-crime, em face da decadência, julgada extinta a punibilidade do paciente. A inicial de fls. 2/16 veio com os documentos de fls. 17/170.

Indeferi a liminar (fl. 174).

Informações às fls. 177/178, com os documentos de fls. 179/185.

Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, às fls. 186/203. Sustenta, no caso, a titularidade do Ministério Público para a ação penal, afastando-se, por incompatibilidade com o artigo 227 *caput* e seu § 4º da Constituição Federal de 1988, a norma do artigo 225 do Código Penal, tendo em vista que, ofendida uma criança, a proteção estatal contra abusos sexuais por ela sofridos constitui dever e prioridade do Estado e, conseqüentemente, a punição de quem os pratica não pode sofrer condicionamentos relativos à iniciativa da vítima. Aduz violar os artigos 5º, *caput* e inciso XXXV, 127, 129 e 227 da Constituição Federal a norma penal que, por razões meramente econômicas, retira do Ministério Público e transfere ao particular o ônus de exercitar a ação penal, como condição para submeter ao Poder Judiciário a lesão a bem jurídico indisponível de uma criança, vítima de crime de atentado violento ao pudor, qualificado como hediondo, inobstante ser ela merecedora da proteção prioritária do Estado. Argui, com fundamento nos artigos 235 a 238 do Regimento Interno do Tribunal, incidente para que se declare a inconstitucionalidade e se decrete a nulidade, sem redução do texto, do artigo 225,

caput, do Código Penal, de modo a valer apenas para reger casos que não envolvam crimes contra a liberdade sexual de crianças e de adolescentes, afastando, por conseguinte, sua aplicabilidade ao caso dos autos. Pede que esta Turma acolha o incidente, lavrando o acórdão e remetendo o feito ao Conselho Especial, órgão competente do Tribunal para julgar o incidente, em conformidade com o artigo 97 da Constituição Federal. Pugna, afinal, pelo retorno dos autos a esta Turma, onde oficia pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

SUSTENTAÇÃO ORAL DAS PARTES (---)

V O T O S

PRELIMINAR

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO.

Relator.

Presentes seus pressupostos, admito o processamento do *habeas corpus*.

De logo, ressalto que a inicial e o parecer da Procuradoria de Justiça foram produzidos na vigência da ordem

jurídica anterior à Lei nº 12.015, de 07/08/2009, em vigor a partir de 10/08/2009.

Mantenho o segredo de justiça, por força do artigo 243-B do Código Penal, acrescido pela Lei nº 12.015, de 07/08/2009.

Abordo, de ofício, questão que a todas as outras precede.

Profunda modificação introduziu a Lei nº 12.015, de 07/08/2009, no Código Penal, alterando o seu Título VI.

De relevo que a conduta imputada ao paciente, prática de ato libidinoso com menor que contava seis anos de idade, antes descrita no artigo 214 c/c artigo 224, “a”, ambos do Código Penal, redação antiga, permanece criminalizada após o advento da Lei nº 12.015/2009. Com efeito, a conduta anterior de atentado violento ao pudor, com violência presumida pela idade da vítima, inferior a quatorze anos, continua criminalizada, só que em dispositivo diverso, qual seja, o novo artigo 217-A, introduzido pelo artigo 3º da Lei nº 12.015/2009. Comparem-se os textos antigo e novo:

Texto antigo

Atentado violento ao pudor. “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique

ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Presunção de violência. “*Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; ...”*

Texto novo

Estupro de vulnerável. “*Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”*

Como se vê, não há cogitar de *abolitio criminis* da conduta antes prevista no artigo 214 c/c o artigo 224, “a”, ambos do Código Penal, redação antiga, agora tipificada no vigente artigo 217-A do Código Penal. Saber qual a norma a ser aplicada, se a antiga ou a nova, é questão que escapa ao interesse do presente *habeas corpus*, devendo ser dirimida no curso da ação penal. O importante é que a conduta que se imputa ao paciente, prática de ato libidinoso com menor que tinha seis anos de idade, apenas mudou de sede. Antes estava no artigo 214 c/c o artigo 224, “a”. Agora está no artigo 217-A. O que era crime continua sendo crime. Há continuidade normativo-típica.

Isso posto, cuido do incidente de inconstitucionalidade requerido pela Procuradoria de Justiça no parecer de fls. 186/203.

À primeira vista, não mais haveria interesse quanto ao incidente. Isto porque a norma acoimada de inconstitucional pelo Ministério Público foi alterada pela Lei nº 12.015, em vigor a partir de 10/08/2009, passando a ter a compreensão defendida no incidente suscitado.

Comparem-se antiga e atual redação do artigo 225 do Código Penal:

Antiga: “*Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*”

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

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

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

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

Atual: “*Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.*”

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”

Assim, pela norma vigente, ocorrido o crime imputado ao paciente no dia 10/09/2007 (fls. 18/19), quando a vítima contava com 6 (seis) anos de idade, a ação penal seria pública incondicionada como deseja o Ministério Público. Incidiria o parágrafo único do artigo 225 do Código Penal.

Há, todavia, questão de direito intertemporal a ser dirimida. Sobreveio nova lei, de natureza processual, transformando a ação penal privada ou pública condicionada à representação em pública incondicionada.

Qual norma deve ser aplicada no caso? A antiga, que pode favorecer o paciente, caso se entenda haver-se consumado o prazo decadencial de seis meses, antes da oferta da representação ou da queixa, ou a nova?

Três sistemas propõem resolver os problemas de direito intertemporal no que concerne à aplicação da lei processual.

Pelo primeiro, o **sistema da unidade processual**, o processo é um complexo de atos inseparáveis uns dos outros, todos rumando para o fim objetivado, a decisão. Como corpo uno, unidade, tem de ser regulado por uma única lei. Assim, em curso o processo, sobrevindo nova lei, será disciplinado inteiramente por esta ou pela anterior. Aplicada a nova lei, os atos já realizados seriam tornados ineficazes, daí resultar que a lei processual teria efeito retroativo. Aplicada a lei antiga, esta

teria efeito até que finalizado o processo, mesmo que já na vigência da lei nova.

Pelo segundo sistema, o das **fases processuais**, reconhece-se a existência, no processo, de várias fases, autônomas, tais como a postulatória, a probatória, a decisória, a recursal, cada qual abrangendo um conjunto de atos inseparáveis, e, portanto, cada qual constituindo uma unidade processual. Em curso o processo, sobrevindo a lei nova, esta empolgaria apenas as fases seguintes a ela, regendo-se as anteriores pela lei anterior. Afasta-se, aqui, a idéia de efeito retroativo da lei processual.

Pelo terceiro sistema, o do **isolamento dos atos processuais**, sabe-se que o processo é uma unidade, pelo fim a que colima, mas encerra um conjunto de atos, cada qual podendo ser considerado isoladamente para os efeitos de aplicação da lei nova. Assim, esta, encontrando processo em curso, deve respeitar a eficácia dos atos processuais já constituídos, incidindo apenas quanto aos atos processuais que devam ser praticados a partir da sua vigência. Vedado, também aqui, o efeito retroativo da lei processual.

A doutrina processual recomenda o terceiro sistema como regra. Como destaca JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, “*em boa ciência processual, e em atenção à natureza*

do processo, que é uma série de atos, reconhecem quase todos, pelo menos após os ensinamentos de CHIOVENDA, que a lei processual tem aplicação não retroativa, como por equívoco alguns entenderam (ROUBIER), mas aplicação imediata, embora deva reconhecer os efeitos processuais dos atos já praticados regularmente sob a lei anterior” (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 331/332).

No processo penal, adotando o **sistema do isolamento das fases processuais**, prescreve o artigo 2º do Código: *“a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*. Comenta, a propósito, FERNANDO CAPEZ: *“O legislador pátrio adotou o princípio da aplicação imediata das normas processuais, sem efeito retroativo, uma vez que, se tivesse, a retroatividade anularia os atos anteriores, o que não ocorre. Aplica-se, portanto, o princípio do **tempus regit actum**, do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º; CPP, art. 2º)”* (Curso de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48). No mesmo sentido HÉLIO

TORNAGHI: *“A norma de direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor. E é o próprio dispositivo legal que ressalva ‘sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’”* (Compêndio de Processo Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, pp. 23/24).

Resulta evidente, portanto, prevalecerem, subsistirem, terem validade plena, na espécie em desate, os atos processuais realizados anteriormente ao advento da nova lei, ainda sob a égide da lei antiga, que, no ponto, deverá ser observada, mormente quando mais favorável à defesa. Portanto, a pertinência da denúncia e a da queixa deverão ser examinadas em face do artigo 225 do Código Penal na anterior redação, não na nova. Entendimento contrário implicaria aplicar retroativamente a Lei nº 12.015/2009 e ferir de morte o artigo 2º do Código de Processo Penal.

Volto, pois, ao incidente requerido.

Nos tribunais, ao contrário do que sucede em primeiro grau, os julgadores, para deixar de aplicar lei na consideração de que inconstitucional, necessitam da argüição do respectivo incidente¹. É o princípio da *reserva de plenário*², que decorre do artigo 97 da Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Sobre o tema editou o Supremo Tribunal Federal a

¹ “**HABEAS CORPUS - DEFENSOR PÚBLICO - PRAZO RECURSAL ESPECIAL - PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 1060/50 (ART. 5º, PAR. 5º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 7871/89 - PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) - INCOMPETÊNCIA DA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - NECESSIDADE DE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SER SUBMETIDO AO PLENÁRIO DO TRIBUNAL - PEDIDO DEFERIDO.** - A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público submete-se ao princípio da reserva de Plenário consagrado no art. 97 da Constituição Federal. A vigente Carta Política, seguindo uma tradição iniciada pela Constituição de 1934, reservou ao Plenário dos Tribunais a competência funcional por objeto do juízo para proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração da inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editadas pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. - A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253).” (STF, HC 69921, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 09/02/1993, DJ 26/03/1993. p. 5005).

² “*full bench* do direito norte-americano”.

Súmula Vinculante nº 10, do seguinte teor: *“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”* (DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008).

Com efeito, para afastar a incidência da lei vigente sobre o caso concreto, o órgão judicial tem de entendê-la inconstitucional ou incompatível com o texto constitucional em vigor. Assim, não apenas o decreto exposto de inconstitucionalidade, como também o mero afastamento da incidência da lei, no todo ou em parte, submetem-se ao comando do artigo 97 da Constituição Federal³.

A argüição do incidente de inconstitucionalidade engloba tanto a lei como o ato normativo do poder público. E pode o incidente ser suscitado pelas partes, pelo Ministério

³ *“I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 99): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. II. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.”* (STF, RE 240096, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 21/05/1999, p. 33).

Público e, de ofício, por qualquer dos juízes do órgão do tribunal competente para o julgamento principal.

Tem lugar o incidente de inconstitucionalidade em qualquer processo submetido a julgamento em órgão fracionário do tribunal. Cabe a qualquer tempo, enquanto não procedido o julgamento principal.

Na espécie, o incidente foi requerido por parte legitimada, o Ministério Público, e é oportuno, porque anterior ao julgamento.

Cabe, destarte, seu exame por esta Turma, de acordo com os artigos 480 do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável, e 235 e 236 do Regimento Interno deste Tribunal.

Destaco que o incidente somente deve ser admitido quando a inconstitucionalidade alegada *incidenter tantum* guardar relação direta com a questão principal a ser decidida, posicionando-se como premissa necessária para o julgamento final⁴. Se não há relevância da questão constitucional para o

⁴ “*ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA COMO PILASTRA DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO - RELEVÂNCIA JURÍDICA A JUSTIFICAR A MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO CONSELHO ESPECIAL. Se o pleito da apelante passa necessariamente pelo exame prévio do alegado vício de inconstitucionalidade dos textos legais indigitados, presente está a relevância jurídica a justificar colheita da manifestação prévia do Conselho Especial, nos moldes dos artigos 480 e seguintes do Código de Processo Civil.*” (TJDFT, 2000011037921-0 APC, Rel. Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, julgado em 03/09/2001, DJ 05/06/2002, p. 44).

juízo da causa⁵, se a pretensão posta em juízo pode ser resolvida sem a declaração da alegada inconstitucionalidade, não deve ser admitido o incidente⁶.

Não resta dúvida de que, na espécie em debate, a questão prévia da alegada inconstitucionalidade ou incompatibilidade do artigo 225 do Código Penal **na sua antiga**

⁵ “MANDADO DE SEGURANÇA - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - INSTAURAÇÃO INADMITIDA - TRANSPORTE IRREGULAR DE PASSAGEIROS - APREENSÃO DO VEÍCULO - LEI DISTRITAL - INVASÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA. Se o dispositivo legal apontado é irrelevante para o julgamento do **mandamus**, inadmite-se a instauração de incidente de inconstitucionalidade suscitada pelo MP. Concede-se a segurança, se o ato de apreensão do veículo funda-se em Lei Distrital que invadiu competência legislativa da união.” (TJDFT, 2004011091786-4 APC, Rel. Desembargador JOÃO MARIOSIA, 2ª Turma Cível, julgado em 27/03/2006, DJ 04/07/2006, p. 141).

⁶ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DECLARAÇÃO **INCIDENTER TANTUM** DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. POSSIBILIDADE, SE HOVER RELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA CAUSA - INCIDENTE INADMITIDO. INVASÃO DE ÁREAS PÚBLICAS. PROVA PERICIAL - OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. DEMOLIÇÃO DAS CONSTRUÇÕES ERIGIDAS E REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. SENTENÇA CONFIRMADA. APELOS NÃO-PROVIDOS. Na ação civil pública pode haver declaração **incidenter tantum** de inconstitucionalidade, desde que o amplexo dessa declaração não ultrapasse os lindeiros de determinado objeto. Se a pretensão deduzida em juízo pode ser deslindada sem a declaração da alegada inconstitucionalidade, ausente está a necessária relevância a justificar a instauração do incidente. Verificando-se que o laudo pericial foi apresentando juntamente com a inicial e autuado em apenso, tendo os réus a oportunidade de impugná-lo, não há que se falar em inobservância do contraditório. A alegação de que promoveu a demolição de uma construção irregular não afasta a responsabilidade do Distrital Federal, que não demonstrou haver adotado a mesma providência em relação às outras edificações descritas na exordial. Demonstrados os danos ao patrimônio público e a inércia do Poder Público em demolir as construções irregulares, escorreita se mostra a sentença que, julgando a ação civil pública

redação com a ordem constitucional em vigor situa-se como premissa necessária para o julgamento deste *habeas corpus*.

Prescrevia na antiga redação a norma:

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

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

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

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

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

A se entender, como defende a impetração, que, na espécie dos autos, o *caput* do artigo 225 **na antiga redação** guardava compatibilidade com a Constituição, então sendo a ação penal privada, será o caso de, em tese, se deferir a ordem, porque caracterizada, em princípio, a decadência do direito de

*lhe impõe a obrigação de demolir as construções erigidas e condena-o a reparar os danos causados. Constatando-se que o valor da multa pelo descumprimento da condenação se mostra exacerbado, a remessa oficial há de ser provida para que o **quantum** seja redimensionado.”* (TJDFT, 1998011009210-6 APC, Rel. Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, julgado em 09/05/2005, DJ 23/08/2005, p. 251).

queixa e de representação, bem como a ilegitimidade do Ministério Público para a ação penal.

A se entender, contudo, que o *caput* do artigo 225 **na antiga redação** era incompatível com a vigente ordem constitucional, já sendo, desde então, a ação penal pública, será a hipótese de, em tese, indeferir a ordem, no que concerne ao recebimento da denúncia, e deferi-la para rejeitar a queixa liminarmente.

Todavia, mesmo antes do advento da Lei nº 12.015/2009, já se ressentia o incidente de pressuposto indispensável ao seu processamento. É que a norma reputada inconstitucional pelo Ministério Público, artigo 225, *caput*, do Código Penal, **na antiga redação**, datava de 7/12/1940, enquanto que a vigente Constituição Federal foi promulgada em 5/10/1988. A norma, pois, era anterior à ordem constitucional vigente. Nessa circunstância, não há cogitar de eventual inconstitucionalidade, mas da ocasional não recepção da lei antiga pela Constituição nova, ou seja, da eventual revogação da lei anterior pela posterior (a Constituição). E para isso decidir não se observa a cláusula da reserva de plenário, cabendo o julgamento direto da espécie ao órgão fracionário do tribunal. A propósito, o ensinamento da melhor doutrina:

“Tampouco está subordinado à reserva de plenário o reconhecimento de que uma lei anterior à Constituição está revogada por ser com ela incompatível, questão que, na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resolve-se no plano intertemporal – a lei deixa de vigor – e não no da validade da norma.” (BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 79)

“A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da constituição atual. Como ensinado por Paulo Brossard, ‘é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham’.” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo, Atlas, 2004, p. 633)

Efetivamente, tanto o controle concentrado (ação direta) como o difuso (incidente) de constitucionalidade exigem uma relação de temporalidade entre a edição da lei ou do ato normativo e a vigência da Constituição, devendo esta preceder àquela. Ausente esta específica relação, apenas se permite a

análise, em cada espécie concreta, da compatibilidade ou não da lei ou norma editada anteriormente à Constituição com o texto desta, para o que não cabe a cláusula da reserva de plenário, inserida no artigo 97 da Constituição Federal. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

“PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO-RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE. A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos (como o dos autos) em que se reputam revogadas ou não-recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não-recepção. Precedentes do colendo Supremo Tribunal e desta Corte. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp 439.606/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, unânime, DJ 14/04/2003, p. 242)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE

*INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA **EX TUNC** OU COM EFICÁCIA **EX NUNC**)? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O **STATUS QUAESTIONIS** NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia **ex tunc** (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional*

mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.” (STF, AI 582280 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 06-11-2006 PP-00041 EMENT VOL-02254-06 PP-01186)

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI DE IMPRENSA: Lei 5.250/67, art. 56: PRAZO DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. RE COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, b. I. - O acórdão decidiu pela não-recepção do art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88. É inadmissível o RE pela alínea b do inciso III do art. 102, C.F.: inocorrência de declaração de inconstitucionalidade, dado que as normas anteriores à Constituição e com esta incompatíveis são consideradas não recebidas, assim revogadas pela Constituição nova. II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.” (STF, RE 402287 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 26-03-2004 PP-00021 EMENT VOL-02145-06 PP-01133)

Efetivamente, se a lei antiga foi revogada pela Constituição, lei nova, e, portanto, não mais existe, como declará-la inconstitucional em ação direta ou em incidente de inconstitucionalidade? Não cabe declarar inconstitucional o que não mais existe no ordenamento jurídico.

Agora, mais se positiva a inviabilidade da admissão do incidente. É que o artigo 225 do Código Penal de 1940 **na antiga redação** foi também revogado pela Lei nº 12.015, em vigor desde 10/08/2009, que lhe deu nova redação, por sinal afinada com a posição defendida pelo Ministério Público, vale dizer, instituindo a ação penal pública incondicionada para a espécie dos autos.

Deve, portanto, esta Turma prosseguir no exame da espécie, decidindo se o artigo 225 do Código Penal de 1940 **na antiga redação** era ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988. E, de acordo com o que decidir, resolverá o *habeas corpus*.

Pelo que foi exposto, não admito o processamento do incidente, que indefiro. Destaco a questão.

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE.
Vogal.

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS.
Presidente e Vogal.

Com o Relator.

MÉRITO

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO.
Relator.

Indeferido o incidente, prossigo no julgamento.

O Código Penal de 1940 dispunha:

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

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

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

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

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

Entre os “*crimes definidos nos capítulos anteriores*” incluía-se o de atentado violento ao pudor, com violência presumida em razão da idade da vítima, à época com seis anos

(artigo 214 c/c artigo 224, “a”, ambos do Código Penal na redação antiga), de que acusado o paciente.

Consoante antes examinado, permanece a criminalização da conduta de que acusado o paciente, que, com a nova lei, apenas mudou de sede. Antes estava no artigo 214 c/c o artigo 224, “a”. Agora está no artigo 217-A. O que era crime continua sendo crime. Há continuidade normativo-típica.

A razão de ter o legislador de 1940 subordinado a punibilidade desse e outros crimes contra a liberdade sexual à vontade da vítima ou de seus representantes legais é bem esclarecida por autorizada doutrina: *“A ação penal nestes crimes é, em regra, privada, somente se procedendo mediante queixa. Entregou a lei à ofendida ou a seus representantes legais a iniciativa da ação penal, entendendo que a natureza escabrosa dos fatos e sua repercussão na família podem causar maior dano com o processo penal, o **strepitus judicii**”* (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 44).

Adveio a Constituição Federal de 1988, com as seguintes disposições:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. ...

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ...

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.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; ...” (grifou-se)

Semelhantes disposições, salta aos olhos, não recepcionaram o artigo 225, *caput* e parágrafos do Código Penal, **na antiga redação**, quando vitimada criança, segundo o ECA “a pessoa até doze anos de idade incompletos”, ou

adolescente, conforme o mesmo estatuto “*aquela entre doze e dezoito anos de idade*” (artigo 2º da Lei nº 8.069/1990). O artigo 227 da Constituição Federal diz ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e crueldade. Ora, o antigo atentado violento ao pudor com presunção de violência pela idade da vítima, atual estupro de vulnerável, tendo como ofendida criança ou adolescente, envolve sempre ataque repulsivo a bens jurídicos indisponíveis e de elevadíssimo valor social, não mais sendo possível, pelo menos a partir do advento da Constituição Federal de 1988, subordinar sua punibilidade à vontade da vítima ou de seus representantes legais. Eventual *strepitus iudicii*, razão do legislador de 1940 para fundar a opção pela ação privada, não se pode sobrepor aos interesses de ordem pública superiores, eleitos pelos constituintes de 1988. Aliás, o § 4º do artigo 227 da Carta Maior assegura que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Isso só é possível mediante ação penal pública incondicionada, função institucional do Ministério Público, a quem cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição Federal).

Mais ainda: inviável, em face do texto dos artigos 5º, *caput*, 227 e seu § 4º e do inciso XXXV do artigo 5º, todos da Constituição Federal, discriminar-se a criança ou adolescente vitimado e seus pais, que tenham melhor situação econômica, daqueles que não o tenham, outorgando somente aos últimos ação penal pública mediante representação, dela alijando, por terem mais dinheiro, os primeiros, como se não fossem os mesmos os bens jurídicos indisponíveis e de elevadíssimo valor social. É dizer, também não foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, quando vitimada criança ou adolescente, o § 1º, inciso I, e o § 2º do artigo 225 do Código Penal de 1940 **em sua antiga redação**. Aliás, considerada a não recepção do próprio *caput* do artigo 225, **na antiga redação**, quando vitimada criança ou adolescente, ou seja, a sua revogação pela lei posterior, a Constituição de 1988, não podem subsistir os §§ 1º, com seus incisos, e 2º, **antiga redação**. Vitimada criança ou adolescente, a ação penal sempre será pública incondicionada, independentemente da situação econômica da vítima e seus representantes, e de o crime ser cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Procedentes os bem lançados argumentos do parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, às fls. 186/203. Transcrevo e adoto, pedindo licença, fls. 192/ 199:

“...~

II.4. A PROBLEMÁTICA RELATIVA À AÇÃO PENAL PRIVADA NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

*Já em relação aos crimes contra os costumes, cujas penas podem atingir elevado **quantum**, a explicação para prever-se, como regra, a ação penal de iniciativa privativa do ofendido (art. 225 do CPB), radica-se na idéia de que, dadas as nefastas conseqüências que derivam para a vítima, em virtude do **strepitus fori** causado pela instauração de um procedimento investigatório e de um processo criminal – mormente para sua intimidade e sua honra – deve-se dar a ela, ou aos seus genitores, a decisão de enfrentar ou não os efeitos dessa vitimização secundária.*

Sobre essa opção de política criminal, é natural indagar se, inobstante seja correto reconhecer às vítimas de infrações penais, cada vez mais, a merecida atenção na administração da Justiça, deve o seu interesse particular – relevante e ponderável, é bem verdade – prevalecer sobre o interesse público em ver devidamente apurada uma infração penal de elevada gravidade, que certamente não afeta somente a pessoa vitimada, mas toda a comunidade, interessada em que não se deixe impune autor de comportamento que se qualifica até mesmo, moral e juridicamente, como de natureza hedionda.

De outro ângulo, importa indagar se persistem os valores e as preocupações que levaram o legislador penal de 1940 a deferir à vítima ou ao seu representante legal o poder exclusivo de agir ou não para a punição do autor de tão grave crime. À toda evidência, dispensa comprovação afirmar que os 60

(sessenta) 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 aquele ordenamento, mas totalmente desajustados com as práticas sociais do início do Século XXI.

II.5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA QUE IMPÕE AO PARTICULAR O EXERCÍCIO DA AÇÃO PRIVADA, EXCLUINDO O MINISTÉRIO PÚBLICO DESSA ATRIBUIÇÃO

*Volvendo à questão relativa à exigência positivada no art. 225, **caput** e § 1º, inc. I c/c § 2º, do Código Penal⁷, afigura-se-nos absolutamente insustentável a convivência da regra que, extraída da interpretação **a contrario sensu** da letra desse preceito legal, impõe ao particular ofendido por um dos crimes contra os costumes o ônus de arcar com todas as despesas processuais e extra-processuais derivadas do exercício da ação penal destinada a punir o autor da conduta delitativa, quando não for considerado juridicamente pobre.*

*Parece-nos insustentável que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, estruturado de forma republicana, a ação penal, que é sempre 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*

⁷ “Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1º. Procede-se, entretanto mediante ação pública: I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. (...) § 2º. No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.”

*roupagem de ação penal privada, ao particular ofendido pelo crime, como condição **sine qua non** para o exercício 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 possibilidade de que, não intentada a ação pública, no prazo legal, ser exercitada 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.

A ação penal privada, propriamente dita, não foi prevista na Constituição Federal, embora continue a ser exercitada tendo como lastro normas legais, a maioria constante do Código Penal, o que já nos induz a muitas reflexões, inoportunas no presente writ.

II.6 A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA REGRA QUE DEFINE A NATUREZA DA AÇÃO PENAL POR MOTIVO DE POBREZA OU RIQUEZA DA VÍTIMA DO CRIME

Sem embargo, impende refletir, serena e seriamente, sobre a constitucionalidade de prever-se como de iniciativa exclusiva do ofendido a ação penal derivada de crime de estupro tendo em vista o fato de tratar-se, em tese, de vítima financeiramente capaz (ela própria ou seus genitores) de exercitar a ação penal.

*É de indagar-se, então: Harmoniza-se com a Constituição – especialmente com as normas materializadas nos artigos 5º, **caput**, e seu inciso XXXV, e 127 da CF – um dispositivo*

infraconstitucional que exclui, da apreciação do Poder Judiciário, a grave lesão a um bem jurídico individual, qual seja, a liberdade sexual de uma criança sem possibilidade de resistência ou de livre manifestação, com fundamento simplesmente na sua capacidade financeira?

Ora, se a lei não pode excluir, da apreciação do Poder Judiciário, a lesão a um bem jurídico individual, para cuja defesa existe um órgão com atribuição prevista na Constituição Federal, mostra-se incompatível com essa regência normativa retirar do Ministério Público a legitimação para agir em situação de evidente lesão a bem jurídico individual indisponível.

Outrossim, não se pode impor ao particular exercer uma ação penal – que demanda, além dos seus naturais custos financeiros, um custo moral e o elevado e incalculável ônus 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 apenas para favorecer aqueles cidadãos economicamente frágeis.

A eventual desigualdade econômica da vítima em relação a outras pessoas não pode servir de parâmetro para tratá-la desigualmente no momento de prestar-lhe ou não jurisdição; não pode a sua situação econômica desigual dar-lhe um tratamento diferenciado no tocante à tutela estatal de seus direitos indisponíveis.

Em uma palavra, a proteção de um bem jurídico qual a liberdade sexual não pode ser definida por critério econômico. Jamais!

II.7. A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL QUE IMPEDE O ESTADO DE CUMPRIR SUA MISSÃO DE PROTEGER OS INTERESSES DA CRIANÇA, VÍTIMA DE CRIME HEDIONDO

Sem embargo da força dos argumentos anteriores, a mais robusta razão para afirmar a inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 225, caput do Código Penal, diz respeito ao sujeito passivo da infração penal, uma criança, e a natureza do crime, hediondo.

Em primeiro lugar, mostra-se inconciliável a previsão de ação penal privada para processar e julgar pessoa acusada de crime considerado hediondo.

A Constituição Federal deixou clara – em seu artigo 5º, inciso XLIII – a sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos, prevendo, inclusive, a inafiançabilidade dessas infrações. Por sua vez, a Lei nº 8.072/90 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a idéia 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 – cabendo sublinhar que, recentemente, o STF reforçou o entendimento de que qualquer de suas modalidades, como também nos casos de atentado violento ao pudor, é considerada como crime hediondo⁸ – como entender

⁸ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, rel. p/ o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que

que a punição de tão grave crime dependerá não apenas da vontade e capacidade financeira da própria vítima ou de seu 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?

É lógico pensar que um gravíssimo crime, cuja hediondez implica uma série de medidas de cunho penal e processual penal mais rigorosas, simplesmente possa restar impune por opção pessoal da vítima ou de seu representante legal, como se tal escolha pudesse ser decorrente de uma mera avaliação de custos?

Em segundo lugar – e aqui acreditamos resida o fundamento mais determinante da inconstitucionalidade do dispositivo ora analisado – não se pode perder de vista que a vítima do hediondo crime narrado nos autos (supondo que tenha ele, efetivamente, ocorrido) é uma criança que contava 6 anos de idade na época dos fatos, incapaz, portanto, de defender-se das investidas criminosas de que foi alvo.

Além do aspecto financeiro já analisado, a condição da pessoa vitimada pelo crime não pode ser descurada 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, de mão própria (evidentemente por meio de advogado), uma custosa e demorada ação penal, quando existe um órgão estatal adrede criado para tal finalidade.

não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve se dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido. RHC 82098/PR Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Publicação: DJ 29-11-2002 p-23 J. 10/09/2002- Primeira Turma

*Releva observar que a criança 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**” (grifamos).*

E, logo adiante, no parágrafo 4º do mesmo dispositivo constitucional, reforça-se o comando de que

*§ 4º - **A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.***

A seu turno, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), seguindo a tendência mundial de assegurar, cada vez mais, os direitos infanto-juvenis, reforçou a clareza da norma constitucional, repetindo, no seu art. 4º, o conteúdo do citado preceito da Carta Régia.

Previu, também, o ECA, 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 “I. por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II. Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III. Em razão de sua conduta”.

*Essas normas traduzem o pensamento mundial, consolidado em convenções e tratados internacionais de proteção de direitos humanos. No que toca aos direitos da criança, é muito enfático o art. 34 da CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, quando estabelece, **verbis**:*

“Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: (...) b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;...”

É sabido que a previsão dos direitos humanos, fundamentais, no corpo de uma Constituição reforça o compromisso do Estado para a sua proteção, cabendo ao intérprete e aplicador da norma extrair-lhe a máxima efetividade, de modo que a atuação do Poder Público como um todo “deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato”.⁹

Se a proteção da criança e a preservação de sua dignidade são metas prioritárias do Estado 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.

⁹ ALEXANDRE DE MORAES. *DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS*. 3ª ed. SP: Atlas, 2000, p. 41.

Na sábia lição de INGO SARLET ¹⁰,

“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” grifamos

Em outras palavras, parece-nos incompatível com referido preceito constitucional o dispositivo legal – ou sua interpretação – que condicione a apuração, julgamento e punição de quem é acusado de um crime de graves conseqüências psíquicas para a saudável formação moral de uma criança, à condição econômica de seus pais. Quer-nos parecer, dito de outro modo, que não se ajusta à letra e ao espírito da Carta Maior qualquer dispositivo que venha a desproteger a criança, direta ou indiretamente, ou que venha a tornar oneroso ou impossível o exercício de ações, pelo próprio Estado, tendentes a tutelar os interesses da criança...”

Julgo, destarte, revogada pela Constituição Federal de 1988 a incidência do artigo 225 do Código Penal de 1940, **antiga redação**, nos casos em que é vítima de crime de natureza sexual criança ou adolescente, ou seja, quando a vítima é menor de dezoito anos de idade. Nesses casos, também prevalece a ação penal pública incondicionada, da promoção privativa do

¹⁰ INGO WOLFGANG SARLET. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112.

Ministério Público, na forma do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Nessa compreensão, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a ação penal proposta contra o paciente, denego a ordem quando pretende o seu trancamento e determino que tenha regular prosseguimento. Julgo prejudicada a ordem quando se dirige contra a queixa-crime intentada pelos representantes legais da vítima, porque, conforme informado pela ilustre advogada do paciente da Tribuna, a MM. Juíza já a rejeitou, por entender caber a ação penal pública intentada pelo Ministério Público e não a privada.

É como voto.

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE. Vogal.

Senhora Presidente, vou pedir vista.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS.
Presidente e Vogal.

Em homenagem ao Desembargador George Lopes Leite, vou aguardar.

D E C I S Ã O

Afastada a necessidade de instauração de incidente de inconstitucionalidade, unânime. Após a denegação da ordem quanto ao trancamento da ação penal e prejudicialidade em relação à rejeição da queixa-crime, pediu vista o 1º Vogal. A 2ª Vogal aguarda.

V O T O S

PEDIDO DE VISTA

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE.
Vogal.

A advogada Marília Gabriela Gil Brambilla impetrou *habeas corpus* em favor de A.L.O. alegando constrangimento ilegal face à ação penal nº 2008.01.1.0 1431-8 e da queixa-crime nº 2009.01.1.066829-5, em curso na Sétima Vara Criminal de Brasília, imputando-lhe o crime de atentado violento ao pudor contra criança de seis anos de idade, por fato ocorrido em 10/07/2007. Aduz que houve a decadência da queixa-crime, porque oferecida um ano, oito meses e cinco dias depois do suposto fato. Afirma a ilegitimidade do

Ministério Público, pois não há hipossuficiência dos pais, abuso do poder familiar nem violência real. Pede a rejeição da queixa-crime e o trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida pelo Relator (folha 174), tendo a Juíza informado o recebimento da denúncia em 08/07/2009, estando a questão da legitimidade pendente de decisão (folhas 177/178). Em consulta à Intranet/TJDFT, verifico que a magistrada rejeitou a queixa-crime, com

fundamento no artigo 395, inciso II,¹¹ do Código de Processo Penal e deferiu a atuação da defesa da querelante como assistente de acusação na ação penal. A decisão transitou em julgado para a querelante em 03/08/2009. A Procuradoria de Justiça afirmou a legitimidade do Ministério Público, arguiu incidente de inconstitucionalidade do artigo 225 do Código Penal e manifestou-se pela denegação da ordem (folhas 186/203). A Turma, por unanimidade, rejeitou o pedido de instauração de incidente de inconstitucionalidade. O relator denegou a ordem, e reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a ação penal, julgando prejudicada em relação à queixa-crime.

¹¹ CPP, Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

Sabe-se que o trancamento da ação penal na via estreita do *habeas corpus* somente pode ser determinado quando a ausência de justa causa for constatável de plano, considerando que tal remédio constitucional não se presta à análise aprofundada de provas. O impetrante alega que a ação penal é privada e não pública, mas não demonstrou que a vítima ou sua família teria condições de arcar com as despesas processuais.

Não se pode confundir miserabilidade jurídica com estado de pobreza. Aquela está ligada à ausência de recursos suficientes para o custeio da demanda, sem comprometer o sustento próprio e da família e não ausência de patrimônio. Nesse sentido, a lição do professor Julio Fabbrini Mirabete¹²:

“[...] Não desfigura o estado de pobreza possuir o autor da representação alguns bens, mesmo imóveis de pequeno valor, o fato de constituir no processo assistente da acusação, ou de ser funcionário público. O decisivo é verificar se ele pode, ou não, arcar com os encargos de uma ação penal sem se privar do necessário à subsistência própria ou da família (habitação, alimentação, vestuário, transporte, educação, etc.)”

Examinando os autos, verifico que o pai da criança demonstrou de maneira inequívoca o desejo de instaurar a persecução criminal contra o réu, por meio do requerimento de folha 34. Destaco a ausência de informação sobre a condição

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 16 edição. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 128.

financeira da família, sendo irrelevante a afirmação de que os pais são agentes da Polícia Civil do Distrito Federal. Ademais, a queixa-crime (folhas 147/152) foi patrocinada por advogados do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDECA/DF), organização não governamental que atua na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes. A propósito do tema, trago à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

*“[...] II – O atestado de miserabilidade não é imprescindível **in casu**. Pelas circunstâncias fáticas é de presumir-se que a vítima e sua mãe são pobres no sentido legal. Cabia ao recorrente – o que ele não logrou fazer – demonstrar que ambas tinham condições econômico-financeiras para enfrentar as despesas com um processo.*

¹³

O conceito de miserabilidade jurídica não se confunde com o estado de pobreza, não diz com a existência ou não de patrimônio, mas, sim, com a inexistência de recursos suficientes para custear a demanda, sem prejuízo à própria manutenção e à família. Nada impede que pessoa com algum patrimônio - um imóvel, um carro, por exemplo - não tenha recursos para custear determinada demanda. E não é de se exigir que aliene o imóvel ou o carro para poder demandar. Legitimidade ativa do Ministério Público para a ação penal, por se cuidar de ação penal pública condicionada, tendo havido representação da vítima, cujo estado de miserabilidade jurídica (art. 225, §1º, inciso I, do

¹³ STJ, RESP 38756/AC, Min. Adhemar Maciel, 6ª Turma, DJ no dia 25/04/94, p. 9279.

Código Penal) foi declarado nos autos e não infirmado por prova hábil. (omissis).¹⁴

O art. 225, §1º, c/c 2º do CP dispõe que o Ministério Público tem legitimidade para, mediante representação, promover a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. 2. A circunstância de os pais do ofendido terem contratado advogado para atuar como assistente de acusação na ação penal, por si só, não desfigura, a miserabilidade. 3. Ordem denegada.”¹⁵

Assim, não vejo razão para trancamento da ação penal e denego a ordem. Julgo prejudicada a ordem impetrada contra a queixa-crime.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS.
Presidente e Vogal.

Acompanho o eminente Relator.

D E C I S Ã O

Admitida e denegada a ordem. Unânime.

¹⁴ TJDF, 20030110096122APR, Relator Mário Machado, 1ª Turma, DJ 14/10/2005 p. 153.

¹⁵ TJDF, 20080020081096HBC, Relator Edson Smaniotto, 1ª Turma, DJ 24/09/2008, p. 149.0

