

Constituição e bem jurídico: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico- constitucional do art. 225 do Código Penal¹

LENIO LUIZ STRECK

Procurador de Justiça-RS, Doutor em Direito

1 – Um intróito necessário: o novo papel do direito e do Estado no âmbito da revolução copernicana ocorrida no constitucionalismo

O advento do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito proporcionou uma verdadeira revolução copernicana no campo da interpretação do direito. A afirmação da importância do contramajoritarismo, instrumentalizado por uma jurisdição constitucional mais interventiva, coloca freios significativos na liberdade de conformação do legislador. O conteúdo fortemente dirigente e compromissório dos textos constitucionais estabelece um novo modo de aferir a constitucionalidade das leis. Já não se trata de examinar a formalidade dos atos normativos. Trata-se, agora, de examinar a conformidade das leis a partir de sua materialidade.

Esse relevante fenômeno deve ser examinado no contexto de uma alteração fundamental no papel do direito e do Estado. Na verdade, o que ocorreu foi uma revolução copernicana no campo do direito público. A própria Constituição será, agora, fonte de direito, prescindindo, por vezes, da interposição legislativa. O direito público – instrumentalizado a partir de uma Constituição principiológica – passa a atuar como capilarizador das relações jurídico-políticas da sociedade. Já não se pode mais contrapor o direito privado ao direito público, uma vez que as relações privadas ficam

¹ Artigo disponível no site www.leniostreck.com.br

submetidas à horizontalidade dos direitos fundamentais-sociais e tudo o que isto representa no campo das diversas dimensões de direitos que atravessam os dois séculos de Estado de Direito.

Essa sensível alteração do papel do direito caminha lado a lado à mudança da função do Estado. Com efeito, o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo em relação ao Estado Social. Afinal, não é meramente simbólica a fórmula constitucional que estabelece as condições de possibilidade para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países como o Brasil, em que o assim denominado *welfare state* não passou de um simulacro.

Tem-se assim que o Estado muda de feição, passando a protetor dos direitos fundamentais, isto é, a fórmula liberal do Estado *mau* é ultrapassada por esse *plus* normativo: o Estado passa a condição de *amigo* dos direitos fundamentais (no sentido de não ser mais o opositor). Trata-se de compreender que a proteção dos direitos fundamentais implica um duplo viés: não mais somente a proteção negativa dos direitos (proteção contra o arbítrio estatal), mas, também, a proteção positiva (proteção contra as insuficiências na proteção dos direitos por parte do Estado).

2 – Da rediscussão da liberdade de conformação do legislador: o papel do contramajoritarismo (controle de constitucionalidade)

O novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito – e conseqüentemente o papel diretivo¹ do texto constitucional compreendido na sua materialidade – acarreta, a toda evidência, compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação e aplicação das leis. Não há espaço legiferante fora da Constituição. Logo, em assim sendo, continuo a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm eficácia*, e até mesmo as assim denominadas normas “programáticas” – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal), buscando alcançar o objetivo do constituinte.

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual *o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*. Em outras palavras,

¹ Nesse sentido, venho defendendo a construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada à Países de Modernidade Tardia Para tanto, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, cap. 3 e 4.

não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, *ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais*. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, consubstanciado na garantia de proibição de excesso*.

Não há, repito, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc.). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei 9.249, confirmada agora pela Lei 10.684), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento (sic) da vítima com terceira pessoa (art. 107, VIII,² do Código Penal), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, em determinadas situações, coloca na mesma trincheira penalistas de orientação dogmática e acentuadamente positivista³ e aqueles defensores de um liberalismo exacerbado.

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Conseqüentemente, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Ou seja, a partir do paradigma instituído pelo novo constitucionalismo e a partir daquilo que o Estado Democrático de Direito representa na tradição jurídica, o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista.

Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a idéia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a

² Hipótese, já não era sem tempo, revogada expressamente pela Lei nº 11.106/2005. Entendo, todavia, que o dispositivo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, argumentei no parecer lançado na apelação nº 70.006.451.827, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

³ Os penalistas de perfil dogmático-positivista – majoritários no plano da produção jurídica standardizada no Brasil – são aqueles ligados aos movimentos de lei e ordem, mas que não incluem no rol de suas “preocupações repressivistas” as condutas que ofendem bens jurídicos supra-individuais.

concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.

3 – A controvérsia acerca dos crimes sexuais:
o problema da legitimidade para interpor ação penal
pós-Constituição de 1988 e pós-advento da Lei dos Crimes Hediondos

O Código Penal estabelece que os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor serão, como regra, de iniciativa privada na persecução penal (art. 225). Se a vítima for pobre ou se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação será pública (sendo condicionada à representação no primeiro caso). Na hipótese de emprego de “violência real”, a jurisprudência⁴ entende que a ação será pública incondicionada. Uma pergunta, porém, deve hoje ser feita: com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a representação de que trata o art. 225, §2º ainda é exigível? Pode um crime hediondo ser de ação privada ou condicionada à representação?

Isto necessariamente nos leva à discussão da (in)constitucionalidade⁵ do dispositivo do Código Penal (art. 225) que remete os crimes de estupro e atentado violento ao pudor ao rol de delitos em que se atua através de ação penal privada, colocando-se como exceção (pasmem!) a ação penal pública.

Neste sentido, parece ser razoável dizer que, se o legislador entendeu por classificar tais delitos como hediondos,⁶ não há qualquer justificativa

⁴ Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

⁵ No caso, como adiante será exposto, o instrumento adequado para que o procedimento seja feito é aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto.

⁶ Registro que há forte tendência jurisprudencial no sentido de considerar como hediondos apenas os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor quando perpetrados com lesão corporal grave ou morte. Sobre isso, no artigo *Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais* (In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 2, p. 255.) tratei da divergência sobre o reconhecimento da hediondez dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro, cometidos apenas (sic) com a denominada “violência real”, nos seguintes termos: “comungo da tese de que o crime de estupro – mesmo na sua modalidade simples – é hediondo, conforme jurisprudência majoritária, porém não pacífica, do STF (HC – 81.288-1 – Rel. Maurício Corrêa – j. em 17/12/01). Com efeito, entendo que os argumentos trazidos pelo Des. Amilton Bueno de Carvalho, em voto que conduziu decisão (Ap. 70003855335 – 5ª Câmara Criminal do TJRS – julgado em 27/02/02) contrária à (nova) posição firmada pelo STF, mostram-se insuficientes e cientificamente contornáveis, embora o brilho do seu prolator. Com efeito, não se trata, por óbvio, da (ultrapassada) discussão *voluntas legis versus voluntas legislatoris*. Tampouco, pode-se dizer que o STF utilizou-se de uma interpretação literal, que implique flagrante desproporcionalidade. Também não é correto afirmar que, por haver duas interpretações possíveis, deve-se optar pela que favorece o mais débil frente ao Leviatã (sic). O ponto, (in)felizmente, não é esse! O que importa é saber se existe ou não coerência entre o novo posicionamento do STF e a Constituição, topos hermenêutico de todo ordenamento jurídico. E isso parece evidente! Aliás, nesse sentido, de pronto, deve ser dito que mesmo que fosse claro que a forma qualificada do estupro se caracteriza, ou não, como hedionda, ainda assim uma coisa parece óbvia: o “e” – conjunção coordenativa objeto de debates nas principais Cortes do país – não possui valor em si, como qualquer palavra. Textos não seguram nada, eis que só existem textos normados. A norma, insisto e repito, é

para mantê-los no rol dos crimes nos quais somente se procede mediante queixa (sic) ou representação. Entendo, assim, que a partir do momento em que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram transformados em hediondos, por autorização constitucional, o antigo dispositivo do Código Penal que coloca os citados delitos como privados torna-se inaplicável⁷, em face da incompatibilidade constitucional, circunstância que é extremamente reforçada pelo art. 129, inc. I, da Constituição Federal, que dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, sem fazer qualquer ressalva com relação à ação penal pública condicionada (ou ação privada).

Com efeito, não se pode esquecer que o Código Penal é de 1940, fruto de um determinado contexto histórico em que as relações privadas tinham primazia sobre o público. Era o auge da implantação do modelo liberal-individualista do Direito no Brasil. A ação penal privada foi tornada regra nos delitos sexuais, para, digamos assim, *proteger* a honra e a dignidade da mulher (sic), assim como a família enquanto núcleo de sustentação do sistema sócio-econômico.

O Código Penal (assim como o Código de Processo Penal) atravessou décadas e sobreviveu a várias Constituições. Em 1988, houve duas substanciais alterações, que deveriam produzir sensíveis alterações no modo de interpretar os crimes sexuais (eufemisticamente denominados de crimes contra os costumes): falo da previsão constitucional de crimes hediondos, que alcançou de pronto os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (Lei nº 8.072/90, art. 1º, incs. V e VI), e da previsão do legislador constituinte de cometer ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, sem fazer – repito – qualquer exceção à ação penal pública condicionada à representação.

Logo, se havia razões para, no século XIX, deixar ao particular a privatividade do processamento dos crimes sexuais, e no século XX (Código de 1940) praticamente se seguiu essa prática com pequena variação, a partir da norma ínsita ao art. 225, inc. I, do Código Penal, não

sempre o produto da interpretação de um texto. Assim, filio-me à tese de que o **estupro simples** é, assim como o **atentado violento ao pudor**, crime hediondo! Ademais, mesmo que com tal posicionamento não se concorde, pergunto: qual é a importância em haver grave ameaça ou violência, real ou ficta? Ou melhor: é necessário haver violência propriamente dita, como lesões graves ou morte – pois parece que a do estupro em si não basta (...).” No sentido apontado, tem o Supremo Tribunal Federal decidido reiteradamente: “EMENTA: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contra decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. 2. Estupro e atentado violento ao pudor praticado contra menores (arts. 213 e 214, ambos c/c art. 224, alínea “a”, do Código Penal). 3. Alegação de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando aplicada a regra do art. 224, alínea “a”, do CP, não se caracterizam como hediondos. 4. Improcedência da alegação. (...) 6. Precedentes: HC 81288, Rel. Min. Maurício Corrêa, Red. Acórdão Min. Carlos Velloso; RHC 82.098/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.11.02. (HC 82712/RJ - Relator(a): Min. Gilmar Mendes - Julgamento: 20/05/2003 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação: DJ: Data-27-06-2003 pp-00054, vol-02116-03, pp-00631)”.

In casu, o art. 225, *caput*, bem como, conseqüentemente, o §2º do referido dispositivo. Aplica-se à hipótese a técnica da nulidade parcial sem redução de texto, consoante se apontará em item próprio.

parece razoável sustentar que, em pleno ano de 2002, quando uma jovem de 16 anos, tendo direito ao voto, não tenha, ao mesmo tempo, o direito de fazer representação contra um estupro, ou mais do que isto, continuar a exigir-se representação formal (ou iniciativa da vítima por queixa) para que o Estado (Ministério Público) possa promover ação penal contra um estupro.

Tal questão viola o princípio da proporcionalidade, aplicável à espécie para proteger a dignidade da mulher. Com efeito, os fins da norma penal – redefinidos pela Lei dos Crimes Hediondos – é a de punir/reprimir com veemência os delitos sexuais, parece desarrazoado sustentar que os meios para tal dependam de norma procedimental absolutamente incompatível com a Constituição.

- 4 – O princípio da proporcionalidade na ambiência do Estado Democrático de Direito: não mais apenas a proteção contra os excessos do Estado, mas, também, a proteção contra as insuficiências ou de como, por vezes, o legislador protege de forma deficiente bens jurídicos fundamentais – a importância da correção pela via da jurisdição constitucional

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.⁸

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado

⁸ Ver, para tanto, BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2002, em especial pp. 798 e segs.

abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Sendo mais claro e invocando a lição de Ingo Sarlet: “a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior *densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal*, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.”⁹

O mesmo autor, com muita propriedade, admite a extensão da regra da proporcionalidade – no seu sentido de proibição de proteção deficiente – ao processo penal. Com efeito, diz o autor que na seara do direito penal (*e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal*) resulta inequívoca vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção,¹⁰ o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por outro lado, *o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.*¹¹

⁹ Cfe. SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs.

¹⁰ Nesse sentido, ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Ed. Coimbra, Almedida, 2002, p. 1243.

¹¹ Cfe. SARLET, *op.cit.* (grifei).

O argumento de que a persecução privada (ou a autorização para que a acusação pública o faça) preservam a intimidade da ofendida contra o *strepitus judici* não prospera. Na verdade, quando a vítima vai até a autoridade e pede providências contra o autor do fato, tal procedimento, segundo a jurisprudência, corresponde a uma representação (que nada mais é que uma manifestação de vontade da vítima – ou representante – para que se responsabilize o autor do crime), o que não gera maiores problemas. Se a ofendida vai a autoridade e expõe o fato, já abriu mão de pequena parcela de sua intimidade para processar o autor do infração. Mas, e quando a notícia de crime chega ao conhecimento da autoridade por meio de terceiros? Considerando a ação pública como incondicionada, aqueles que argumentam que sua “publicização” ofenderia a intimidade ganham força. Todavia, mesmo aqui, o argumento não vinga, porquanto se a autoridade policial decidir instaurar o inquérito policial, intimado a vítima para manifestar-se, esta não estará obrigada a depor (tão-só a comparecer). Assim, se o Código de Processo Penal não lhe exige a tomada de compromisso da vítima, não revelando ela o que sabe para preservar sua intimidade¹², não incorrerá em crime de falso testemunho, consoante a doutrina tradicional. Mesmo para aqueles que entendem que o compromisso não mais é elementar do delito, estaríamos diante de uma causa de inexigibilidade de conduta diversa. Ou seja, se a vítima não revelar o fato, ou até negá-lo, não terá contra si processo criminal. Não há comunicação falsa de crime, falso testemunho, denúncia caluniosa ou qualquer outro delito, sendo que pode, querendo, mesmo que as custas da impunidade do criminoso, preservar o sigilo sobre o hediondo crime sofrido. O novo posicionamento, com efeito, não agrida o direito à intimidade.

5 – Da necessidade de aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teinichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*) ao artigo 225, *caput*, do Código Penal

Diante do acima exposto, tenho que a modificação de entendimento (no sentido de que a ação é agora pública incondicionada) tem como único fim adequar o processo penal – mais especificamente o modo de persecução do crime – ao preceito constitucional inserido no art. 5º, XLIII, o qual estabelece que os crime hediondos estão na mais alta escala de reprovabilidade social dentro da teoria do delito. Como então que um crime de tal nocividade, de tal repercussão social, poderia restar sujeito à perseguição privada?

¹² Direito fundamental inscrito no art. 5º, X, da CF/88.

Com efeito, *tenho como revogado de modo implícito (mas, totalmente) o comando previsto no §2º do art. 225 do Código Penal*, como neste tópico será demonstrado. Mas, mais do que isto, entendo que o *caput* do art. 225¹³ do Código Penal não é aplicável aos crimes hediondos (estupro e atentado violento ao pudor). Parece difícil, senão impossível, sustentar que, no momento em que o Estado resolve colocar a pecha de hediondez a um crime – de cuja pena concretizada sequer cabe progressão de regime – a sua persecução vá depender da iniciativa da vítima (se tiver posses) ou de autorização (representação) desta (se for pobre)! Só aí já se está em face da violação do princípio da isonomia, porque o dispositivo institucionaliza uma espécie de ação penal censitária (só os bem aquinhoados socialmente é que podem, *sponte sua*, acionar ou até perdoar o agente estuprador, como se o crime de estupro, que violenta a dignidade da pessoa humana, estivesse na esfera da disponibilidade da vítima ou do representante legal desta...!). Dito de outro modo, trata-se de um paradoxo no sistema: um crime é hediondo, mas continua privado (ou semi-privado)!

Como resolver o problema tecnicamente? Não é difícil. Com efeito, basta que se aplique à espécie a técnica da nulidade parcial sem redução de texto (*Teinichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), que, aliás, vem sendo utilizada de há muito pelo Supremo Tribunal Federal e por outros Tribunais¹⁴.

Com a aplicação da referida técnica, teremos que o art. 225, *caput*, só será constitucional se aplicado (tão-somente) aos crimes inscritos nos artigos 215 a 218 do Código Penal, os quais, muito embora também ofendam aos *costumes*, não estão catalogados como delitos hediondos (infrações estas de especial gravidade por força constitucional).¹⁵

¹³ Na hipótese de o processo ter sido manejado pela vítima (através de queixa crime) e tal situação só ter sido verificada no segundo grau, entendo que não haverá nulidade. Explico: se o que se busca tutelar com maior efetividade – por meio da persecução pública do delito hediondo – é também o princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento constitucional e *supraprincípio*, que serve de norte para a leitura de toda a CF), deve considerar-se de maior peso a instrumentalidade do processo, lançando mão de mecanismos de sanção de nulidades processuais. Com efeito, convém aplicar analogicamente o art. 29 do Código de Processo Penal, intimando-se o Ministério Público para assumir a ação como “parte principal”. Desse modo, corrigida a titularidade ativa da demanda, estará o Tribunal dando efeito ao entendimento ora esposado sem que isso implique impunidade do autor do fato, a qual poderia tomar corpo com a anulação pura e simples do processo.

¹⁴ Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁵ Como antes apontamos, o §2º do citado artigo (que estabelece a possibilidade de representação na hipótese de vítima – ou responsáveis – pobres) foi revogado implicitamente pela Constituição de 1988, quando esta estabeleceu que os delitos hediondos seriam considerados como de especial gravidade (ao denegar para esta categoria de crimes diversos benefícios). Assim, o 225, *caput*, aplicada a técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, permanece no sistema jurídico, regulando a ação penal nos demais crimes contra os costumes, ao passo que o §2º desaparece! O §1º, II, com a nova leitura feita à cabeça do artigo, resulta despiciendo.

Como bem disse Gilmar Ferreira Mendes¹⁶, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de clareza e segurança jurídica, porque tal circunstância fica expressa na parte dispositiva da decisão

Finalmente, se se tivesse ainda dúvidas sobre o fato de a nulidade parcial sem redução de textos ser técnicas de controle de constitucionalidade, estas foram espancadas com a recente edição da Lei nº 9.868/99, que taxativamente a eleva, junto à interpretação conforme a Constituição, à categoria de forma de controle de constitucionalidade.

Uma pergunta se impõe, desde logo: a nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição podem ser aplicadas pelo juízo singular e pelos demais Tribunais, ou tal aplicação se afigura como prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal? Estou convencido que não há qualquer óbice constitucional que impeça juizes e tribunais de aplicarem a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto. Entender o contrário seria admitir que juizes e tribunais (que não o STF) estivessem obrigados a declarar inconstitucionais dispositivos que pudessem, no mínimo em parte, ser salvaguardados no sistema, mediante a aplicação das citadas técnicas de controle. Observe-se que a Lei nº 9.868/99, no parágrafo único do art. 28, ao estabelecer o efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade *stricto sensu* à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo à interpretação conforme a Constituição.

No caso dos mecanismos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei (para o qual deverá suscitar o incidente de inconstitucionalidade), entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade.

Ou seja, assim como o controle de constitucionalidade não é prerrogativa do Supremo Tribunal, os seus diversos mecanismos – incluídos aí a interpretação conforme e a nulidade parcial – também não o são. Por que um Juiz de Direito – que, desde a Constituição de 1891 sempre esteve autorizado a deixar de aplicar uma lei na íntegra por entendê-la inconstitucional – não pode, também hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, aplicá-la tão somente em parte? O mesmo se aplica aos Tribunais, que, na especificidade da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto, estão dispensados de suscitar o incidente de inconstitucionalidade.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 275.

Por último, releva anotar, parafraseando Medeiros e Prüm, que não se justifica aplicar o regime de fiscalização concreta, ou seja, suscitar o incidente de inconstitucionalidade – que é o modo previsto no sistema jurídico brasileiro de aferir a constitucionalidade no controle difuso de forma *stricto sensu* – aos casos em que esteja em causa tão somente a inconstitucionalidade de uma *das possíveis interpretações da lei*, pois o juízo de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afeta a lei em si mesma, não, pondo em causa, portanto, a obra do legislador. Observe-se a decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, de 30 de outubro de 1963, interpretando restritivamente o art. 129 do Código penal, que estabelecia penas de prisão aos membros de associações que promovesse determinadas atividades inconstitucionais. O dispositivo foi considerado válido, desde que se excluísse da noção “associações” os partidos políticos.¹⁷

De novo, aqui, a importância da hermenêutica, no sentido de que a interpretação implica, sempre, em um processo de *applicatio*, ou seja, há sempre uma hipótese em que o texto tem uma determinada incidência, emanando daí, uma norma. Não há um texto que não esteja relacionado com uma determinada *situação* hermenêutica.

Ainda aqui vale referir que, mesmo que se equipare os institutos da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto (como querem autores do porte de Wassilius Skouris, Albert Von Mutius e Karl Bettermann), isto é, mesmo que se dê o mesmo tratamento aos mesmos, sempre estar-se-á excluindo os sentidos do texto normativo que o conduzem à inconstitucionalidade. Permanece, pois, o texto normativo no sistema, afastando-se tão somente aquele (ou um dos) sentido(s) contrário(s) à Constituição.

Releva registrar – para citar apenas alguns exemplos – que o Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica nos julgados Repr. 948 e 1417, e na ADIn nº 319; e no Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça, através da 5ª Câmara Criminal:

“Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle da constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. *Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 61, inc. II, 'e', do Código Penal.* – Patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. – Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade. – A exasperação da pena, calcada

¹⁷ BÉGUIN, Jean Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale D'Allemagne*. Paris, Economica, 1982, p. 194).

tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização. – Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lenio Luiz Streck). – a unanimidade, deram parcial provimento ao apelo” (Apelação Crime nº 70004388724, 5ª Câmara Criminal, TJRG, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 26/06/02).

Vale lembrar que a fórmula aplicada pelos Tribunais é a seguinte: o dispositivo “x” é inconstitucional se aplicado a tal dispositivo (o exemplo é de Gilmar Ferreira Mendes, *in* Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade, p. 55), No caso dos autos, ter-se-á que o art. 225, *caput*, do Código Penal, é inconstitucional se aplicado aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, por violação dos arts. 5º, XLIII, e 129, I, da Constituição Federal. Poder-se-á ainda resolver a questão de outro modo, como fez o Supremo Tribunal Federal na ADIn 491: o dispositivo x somente é constitucional se se lhe der a interpretação que esta Corte entende compatível com a Constituição, com o que teríamos: *o art. 225 do Código Penal somente é constitucional se se lhe der a seguinte interpretação: o art. 225 não se aplica às hipótese de crimes hediondo, porque é da ratio destes crimes a ação penal pública.*

Com isto, perde sentido o conteúdo do inciso I do §1º do art. 225 e também o seu §2º, porque ligados umbilicalmente ao *caput* do mesmo art. 225.

Observe-se que, ao adotar esta solução a Câmara não estará se substituindo ao legislador. Na verdade, estará aplicando a Jurisdição Constitucional. Estará aplicando a Constituição. Não se pode perder de vista que, se os tribunais não pudessem fazer tais interpretações corretivas, o Supremo Tribunal Federal não poderia ter editado a Súmula nº 608. Veja-se que, muito embora o Código Penal em nenhum momento falava da hipótese de o estupro ser passível de ação penal pública incondicionada, a Súmula nº 608 criou literalmente esta possibilidade¹⁸. Seria esta uma Súmula *contra legem*? A resposta é não. Através de uma adequada aplicação da jurisdição constitucional – embora sem se referir diretamente a ela, conforme mostram os registros de então – o Supremo Tribunal Federal elaborou uma decisão que, no plano da hermenêutica constitucional chamamos de “decisões interpretativas” (Nesse sentido, ver STRECK, Jurisdição, op. cit).

Também não se poderá dizer que estar-se-ia fazendo analgia *in malam parte*. Ora, fosse isto verdade, a Súmula nº 608, largamente aplicada,

¹⁸ Súmula nº 608: *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*

também o seria. Logo, dizer, hoje, a partir de uma interpretação constitucional – e sustentada na especialidade da Lei dos Crimes Hediondos – que estupro e atentado violento ao pudor não são mais crimes de ação privada, nada mais é do que trazer o texto penal para a realidade temporal-histórica. O Supremo Tribunal Federal já fez isto com a Súmula 608, para alcançar os crimes sexuais cometidos com violência real, embora, repita-se, nada disto estivesse contido na lei penal.

Por derradeiro, cabe registrar que, a continuar vigorando a tese de que o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes de ação penal privada (ou de ação penal pública condicionada, dependendo do caso) – mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 8.072/90 – seria preferível que se voltasse ao século XIX. Explico: na época do Império, o art. 73 do Código de Processo Criminal expressamente determinava que, nos crimes particulares (onde estava incluído o estupro), em sendo a vítima pessoa miserável, tinha lugar a ação penal pública, legitimando-se para a ação penal o Ministério Público ou qualquer do povo. E veja-se: muito embora o art. 72 estabelecesse que somente o senhor tinha direito de queixar-se pelos crimes cometidos contra seus escravos, no caso da “escravinha Honorata”, deflorada aos 12 anos de idade por seu amo, o Juiz de Direito, Dr. Hermegenes Socrates Tavares, combinando os arts. 73 e 72 do CPC, aceitou a denúncia do Ministério Público contra o senhor deflorador.¹⁹ Observe-se a amplitude da ação penal pública já naquela época, mesmo em crimes considerados *privados*.

Portanto, com o advento do art. 129, inc. I, da Constituição Federal e da Lei dos Crimes Hediondos, considerados de especial gravidade pela Carta Maior, o artigo 225, do Código Penal, em seu *caput* e §2º, deve receber uma releitura, tendo-se como de persecução pública incondicionada os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, em todas as suas modalidades. Nesse sentido, é alvissareiro o voto proferido pela Desembargadora Genacéia da Silva Alberton – embora vencido²⁰ – nos autos da Apelação n. 70008754996,²¹ acatando parecer de minha lavra,

¹⁹ Ver “O Caso da Escravinha Honorata”: NEQUETE, Lenine. *O Escravo na Jurisprudência Brasileira*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 1988. p. 61 e ss.

²⁰ Na verdade, o Desembargador Revisor, Aramis Nassif, divergiu apenas parcialmente da Relatora. Segundo Nassif, o Ministério Público tem legitimidade para a ação penal, haja vista a pobreza dos representantes e da vítima e não simplesmente porque se trata de crime hediondo. Com efeito, Nassif, no que foi acompanhado pelo Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, somente considera o estupro (e o atentado violento ao pudor) como hediondo nas hipóteses em que há violência (lesões graves ou morte), posição também sustentada pelo Desembargador Gonzaga Moura (nesse sentido, acórdãos 70003855335 e 70003708054 – TJ-RS). Remeto o leitor, neste ponto, para a nota n. 6, retro.

²¹ Consoante a Desembargadora Genacéia, não prospera a tese da ilegitimidade do Ministério Público: “Pelo grande clamor de determinados crimes e considerando a nefasta repercussão social dos mesmos, estabeleceu a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII: “A lei considerará crimes inafiançáveis e inuscuíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. O art. 1º. Da Lei 8.072/90 inseriu o estupro no rol dos crimes

considerando não recepcionada a exigência de representação prevista no aludido parágrafo 2º do art. 225 do Código Penal. Na ocasião, a Desembargadora rejeitou a pretensão de nulidade do feito por ilegitimidade do Ministério Público, asseverando ser inconcebível que os crimes desse jaez – estupro e atentado violento ao pudor, alçados à categoria de hediondos consoante autorização prevista no art. 5º, XLIII, da Constituição – na hipótese de não comprovação da miserabilidade da vítima, tenham a representação como condição para a ação penal a ser exercida pelo Ministério Público.

hediondos. A Lei não conceitua crime hediondo, mas elenca exaustivamente os crimes que reputa hediondos. Hediondo é o crime “que causa repugnância por sua depravação, sordidez ou imundície” (TJSP – HC 101.022-3, Relator Des. Renato Nalini). Não é, efetivamente, de admitir um crime hediondo condicionado à representação do ofendido, mormente quando este é menor de idade. Legitimado está o Ministério Público para o exercício da ação penal”.