

➤ STF cria hipótese de retroatividade de lei penal em desfavor do réu

No último dia 25 de fevereiro, o Plenário do Supremo criou perigoso precedente segundo o qual, em linhas gerais, vislumbra-se a possibilidade de aplicar uma lei penal que entra em vigor após o fato delitivo, ainda que seja em prejuízo do acusado.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 123.971, a defesa pretende o encerramento da ação penal com fundamento na ilegitimidade do Ministério Público para sua propositura. Isso porque o delito pelo qual foi condenado o indivíduo é o atentado violento ao pudor contra menor de idade, pois o fato ocorreu no ano de 2007, anterior, portanto, à reforma promovida pela Lei 12.015/2009 que, entre outras alterações, unifica estupro e atentado violento ao pudor e confere natureza jurídica pública incondicionada à ação penal nesse crime, se praticado contra menor de dezoito anos ou vulnerável.

Dito de outro modo: no momento da prática do delito, havia um tipo penal de atentado violento ao pudor (antigo art. 214, CP) e uma regra geral que estabelecia a natureza privada da ação penal nesses crimes, que só pode ser processada mediante apresentação de queixa-crime pelo próprio ofendido ou representante (antigo art. 225, CP).

Uma lei que altera essa circunstância, ou seja, dispõe acerca da natureza pública ou privada das ações penais para determinados delitos, é de índole material e não processual. Logo, a ela se aplica a regra da irretroatividade maléfica (ou retroatividade benéfica). Em razão disso, não é outra a conclusão a que se pode chegar: no momento do fato, anterior à alteração legislativa quanto à natureza da ação penal, deve ser aplicada a lei vigente naquele instante, desde que beneficie o acusado.

Uma lei que transforma ação penal de natureza privada em pública e incondicionada é, por sem dúvida, mais severa, porque, dentre outros motivos, passa a ser regida pelo princípio da indisponibilidade.

Para a tese vencedora, tal circunstância não tem relevância. Rejeita-se o pedido de encerramento da ação penal ao argumento de que o Ministério Público é parte legítima para propor a ação penal no caso de crime sexual praticado contra menor de idade, pois a Constituição Federal prevê obrigatoriedade de atuação estatal na proteção da criança (art. 227, CF)¹. Enfatiza-se, portanto, a questão da legitimidade do Ministério Público, pouco importando a natureza privada da ação penal ao tempo do fato.

O interesse público está presente na apuração de quaisquer crimes. A distinção entre ação penal de natureza privada e pública não afasta a publicidade da persecução e do exercício do poder punitivo. Aliás, é sabido que mesmo nos crimes cuja ação penal somente se

¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310769>

processa mediante queixa-crime, o Ministério Público tem o poder de aditá-la e deve atuar durante a instrução, inclusive como fiscal da lei.

Dessa forma, entende-se como equivocada a discussão colocada pelo relator acerca do papel do Estado, representado pelo Ministério Público, na proteção da criança e do adolescente nesse caso específico, pois o reconhecimento de sua ilegitimidade para a propositura da ação não implica menor proteção à criança, tampouco impedimento de que o membro do *Parquet* atue na ação penal privada.

A matéria jurídica a ser analisada de forma coerente diz respeito à aplicação da lei penal no tempo, regida pelo princípio da irretroatividade de leis que venham a prejudicar de alguma maneira o acusado. Nessa perspectiva, é evidente o erro que decorre da decisão em exame: deve ser aplicada a lei mais benéfica, vigente no momento do fato, que estabelecia a natureza *privada* da ação penal ao delito à época capitulado como atentado violento ao pudor. [B.A.C]