
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**ASPECTOS POLÊMICOS REFERENTES À AÇÃO PENAL IMPOSTA
PELA LEI Nº 12.015 DE 2009**

Fernando Freitas Lopes Sá

Presidente Prudente/SP
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**ASPECTOS POLÊMICOS REFERENTES À AÇÃO PENAL IMPOSTA
PELA LEI Nº 12.015 DE 2009**

Fernando Freitas Lopes Sá

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus
Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2012

ASPECTOS POLÊMICOS REFERENTES À AÇÃO PENAL IMPOSTA PELA LEI Nº 12.015 DE 2009

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

CARLOS DYEGO CIABATARI SALA

Presidente Prudente/SP, 16 de outubro de 2012

Acima de tudo procurem sentir no mais profundo de vocês qualquer injustiça cometida contra qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. É a mais bela qualidade de um revolucionário.

Che Guevara

A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos.

**Barão de
Montesquieu**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele não sou nada; aos meus pais e irmãos, que sempre estiveram ao meu lado; aos meus avós que são muito importantes na minha vida; a minha namorada, aos tios, tias, primos, todos familiares e amigos, que sempre me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por minha vida, minha saúde, minha família, meus amigos, e por ter me dado a oportunidade de realizar este trabalho, pois sem Ele não nada seria possível.

Agradeço a minha família, inclusive aqueles que já desencarnaram, e minha namorada, que sempre me apoiaram em tudo.

Ao meu orientador, Professor e Doutor Marcus Vinícius Feltrim Aquotti, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos de forma leal e esperançosa.

Aos meus colegas de classe, por compartilharem seus conhecimentos e amizade, pelos quatro anos que passamos juntos, e, se for da vontade de Deus, por mais um que está por vir.

RESUMO

Com o presente trabalho, analisamos as alterações recentes do Código Penal, em especial a Lei nº 12.015 de 2009, expondo os erros, absurdos e inconstitucionalidades. Descrevemos, de modo sucinto, os tipos de Ação Penal existentes no Brasil, bem como qual é utilizada nos atuais crimes contra a dignidade sexual. O tema da pesquisa está inserido na cultura mundial. Fizemos o uso de documentação indireta de fontes secundárias, e direta colhida através de formulário. Procuramos, de modo simples e objetivo, explicar as consequências de uma interpretação literal do atual Título VI do Código Penal, bem como uma melhor solução para os atuais conflitos existentes entre a doutrina, jurisprudência e legislação. Demos especial destaque às inconstitucionalidades, como o tipo de Ação Penal em cada caso e violação a princípios fundamentais. Propusemos, ainda, uma breve análise de todos os envolvidos, como as vítimas, seus respectivos representantes, legitimados a dar início à persecução penal e os criminosos. Destacamos, por fim, as consequências oriundas das alterações legislativas, como alteração dos legitimados, eventual impunidade do agente infrator, sofrimento excessivo das vítimas e seus familiares. Em suma, procuramos, com a presente pesquisa, realizar uma explanação profunda e didática acerca dessa errônea alteração legislativa, buscando, da melhor e mais justa maneira possível, resolver tais questionamentos e absurdos que o legislador impôs.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade Sexual. Impunidade. Inconstitucionalidades. Vedação da Infraproteção. Lei nº 12.015 de 2009. Ação Penal. Vítimas. Legitimados. Crueldade.

RESUMEN

Con este trabajo, analizamos las alteraciones actuales del Código Penal, en particular la Ley nº 12.015/09, exponiendo los yerros, contradicciones y inconstitucionalidades. Describimos, de manera reducida, los tipos de acciones Penales existentes en el Brasil, así como cuáles más utilizadas en los actuales crímenes contra la dignidad sexual. El tema de la búsqueda se inserta en la cultura mundial. Utilizamos documentación indirecta de fuentes secundarias, y directa, a través de formularios. Buscamos, de modo sencillo y objetivo, explicar las consecuencias de una interpretación literal del actual Título VI del Código Penal, así como una mejor solución a los conflictos entre la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. Demos especial atención a las inconstitucionalidades, por ejemplo el tipo de acción penal en cada caso y la violación de los principios fundamentales. Hemos propuesto también un breve análisis de todos los involucrados, como las víctimas, sus representantes legales, los legitimados para proponer acciones penales y los criminales. Destacamos, finalmente, las consecuencias derivadas de los cambios legislativos, como la modificación de los legitimados, eventual impunidad del agente infractor, el sufrimiento excesivo de las víctimas y sus familiares. En resumen, procuramos con este estudio realizar una explicación profunda e didáctica sobre esta alteración legislativa, buscando resolver de la mejor y más justa manera posible tales cuestiones absurdas que el legislador hay impuesto.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AÇÃO PENAL	11
2.1 Ação Penal Pública Incondicionada	11
2.2 Ação Penal Pública Condicionada	13
2.3 Ação Penal Privada	15
2.3.1 Ação penal privada propriamente dita	16
2.3.2 Ação penal privada personalíssima	17
2.3.3 Ação penal privada subsidiária da pública	17
2.4 Ação Penal nos Crimes Complexos	18
3 SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL	20
3.1 Conceito de Violência Real	21
3.2 Estupro com Resultado Morte	22
3.3 Dos Legitimados para Propor a Ação Penal	23
4 VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	26
4.1 Princípio da Proporcionalidade	26
4.2 Princípio da Vedação da Proteção Deficiente por Parte do Estado	27
4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
5 DAS ALTERAÇÕES DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	31
5.1 Da Alteração dos Legitimados das Ações Penais nos Crimes Contra a Dignidade Sexual	31
5.2 Artigo 225 do Código Penal – Antes e Depois	32
5.3 Da Eficácia e Aplicabilidade da Atual Regra do Título VI do Código Penal	34
5.4 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301.	36
6 CONCLUSÃO	39
BIBLIOGRAFIA	40

1 – INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, os crimes contra a dignidade sexual são alvos de revolta entre a população mundial e isso se deve pela banalidade e covardia que são a maioria destes crimes, principalmente aqueles em que é utilizada violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A partir de 1940, ano da promulgação do atual Código Penal Brasileiro, crimes deste tipo são previstos com penas de alto rigor, contudo, muita coisa mudou e evoluiu no decorrer dos anos e tornou-se necessária uma modificação na legislação.

Pensando nisso, foi criada a Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. O problema é que, durante sua criação, não foram observados alguns princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da vedação da proteção deficiente por parte do Estado e o princípio da proporcionalidade.

Assim, gerou-se grande discussão acerca desta lei, como a compatibilidade dela com a nossa Constituição Federal, sua validade e eficácia, e, principalmente, como ficariam as ações penais dos crimes que antecedem esta lei e os posteriores a ela.

O intuito da presente monografia é justamente esclarecer o que poderia ser modificado e aproveitado, antes e depois da promulgação da aludida lei.

A pesquisa foi feita com base em doutrina e jurisprudência, bem como em notícias atuais acerca do presente tema, inclusive citando e comentando a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da União.

Objetivamos, outrossim, com a presente pesquisa, esclarecer os pontos positivos e, principalmente, os pontos negativos trazidos pela Lei nº 12.015/09, com o intuito de expor propostas para solucionar tais conflitos, como os legitimados e Ação Penal cabível para cada caso.

Para início dos trabalhos e melhor entendimento do foco principal, necessitamos explicar, de modo simples e objetivo, a Ação Penal em todas as suas

modalidades, adentrando, inclusive, em casos de crimes complexos, tudo com base no Código Penal e no Código de Processo Penal.

No capítulo seguinte, analisamos, de um modo geral, a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal e sua compatibilidade com o atual artigo 225 do Código Penal, assim como a Ação Penal cabível em determinados crimes, bem como os legitimados para dar início à persecução penal.

No quarto capítulo, expusemos os principais princípios constitucionais violados pela lei, tais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Vedação da Infraproteção por parte do Estado e o Princípio da Proporcionalidade.

Posteriormente, adentramos no foco principal da presente monografia, qual seja, as Inconstitucionalidades trazidas pela nova lei, tais como a alteração dos legitimados para propor a Ação Penal, modificação do artigo 225 do Código Penal, revogação dos artigos 223 e 224, a eficácia e aplicabilidade desta lei atualmente, e por fim, citamos e comentamos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301, que foi proposta pelo Procurador Geral da União no mesmo ano da promulgação da aludida lei.

2 - AÇÃO PENAL

A Ação Penal, de um modo geral, é o direito que o titular tem de pleitear perante o Estado-Juiz a aplicação da lei penal nos casos concretos, buscando, desta forma, a proteção de seus direitos, garantia da Ordem Pública e da Segurança Jurídica.

Fernando Capez (2011, p. 567/568), diz que é um direito-dever do Estado, vez que, em regra, o Estado, através de representante do Ministério Público, é o titular para propor a Ação Penal, e é também o que tem o dever de aplicar a lei penal e punir os infratores, através de representante do Poder Judiciário.

Aprofundando ainda mais o conceito de Ação Penal, Luiz Regis Prado (2011, p. 684), acrescenta que o Estado avocou para si o jus puniendi, justamente para evitar a vingança privada, devendo, portanto, o Estado agir tanto para dar início à persecução penal quanto para punir o agente criminoso.

A Ação Penal consiste em um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o qual é exercido em face do Estado, pois serve para que este dê uma resposta à população e que detém características, normas e princípios próprios.

Existem basicamente três tipos de Ação Penal, cada uma com suas peculiaridades. São elas: Ação Penal Pública Incondicionada; Ação Penal Pública Condicionada à Representação do Ofendido e Ação Penal Privada.

2.1 Ação Penal Pública Incondicionada

Esta é a regra trazida pelo artigo 100 do Código Penal, que diz que “A Ação Penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Este tipo de ação é a mais comum existente no nosso ordenamento jurídico, tendo como legitimado para propô-la o Ministério Público, e não necessita de provocação de nenhum particular para dar seu início, devendo o representante do Ministério Público agir ex officio.

O Estado é o dono da Ação Penal, e isso existe para dar maior segurança jurídica para a população, vez que em alguns crimes as vítimas são fatais ou sequer existem vítimas.

Ademais, tal regra é prevista em nossa Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, que diz, de forma resumida, que o Ministério Público é o verdadeiro e privativo dono da Ação Penal, não deixando qualquer margem de dúvida quanto ao legitimado.

Reforçando tal ideia, o artigo 24 do Código de Processo Penal diz que a Ação Penal será promovida por denúncia do Ministério Público.

Fernando Capez (2011, p. 568/570) cita, de uma forma simples e didática, alguns princípios que regem a Ação Penal pública incondicionada, que são:

Obrigatoriedade: significa dizer, em síntese, que o Ministério Público não pode recusar-se a propô-la;

Indisponibilidade: uma vez proposta a ação, o Ministério Público não pode desistir. Insta salientar que o que não pode é abandonar a ação, contudo é plenamente possível que o Promotor de Justiça peça a absolvição do acusado;

Oficialidade: significa que os órgãos responsáveis pela persecução penal são públicos;

Oficiosidade: não é necessária a provocação de ninguém e o Ministério Público deve agir de ofício;

Indivisibilidade: a Ação Penal deve abranger todos os envolvidos, não podendo escolher contra quem que lhe é movida, seja o motivo que for.

Luiz Regis Prado (2011, p. 684/685) frisa que embora o Estado através do Ministério Público tenha o dever de agir ex officio, qualquer do povo pode provocá-lo a dar início à Ação Penal. Tal pensamento, sem sombra de dúvida, é plenamente aceitável, principalmente nos dias atuais, tendo em vista que, devido ao

excesso de demandas em trâmite, não seria viável exigir que o Estado tenha o dever de tomar conhecimento da ocorrência de um delito apenas por meios próprios.

Aqui, o início da Ação Penal se dá por meio de Denúncia, devidamente oferecida pelo representante do Ministério Público ao Juiz competente.

2.2 - Ação Penal Pública Condicionada

Este tipo de ação é uma das exceções que nosso ordenamento jurídico traz. Ela consiste, basicamente, no poder que o ofendido tem de querer ou não apresentar representação contra seu ofensor.

É denominada “Condicionada”, pois depende de condição para ser proposta. A condição é a Representação do ofendido, que consiste na vontade dele de querer ver ser processado seu ofensor ou Requisição do Ministro da Justiça.

Com relação à Representação do Ofendido ou de seu representante legal, o legislador trouxe essa opção em nosso ordenamento jurídico apenas para alguns crimes, seja porque eles não representam alto potencial ofensivo, como por exemplo o delito de Ameaça, tipificado no artigo 147 do Código Penal, ou porque, em determinados casos, a própria vítima prefere não tornar público o ocorrido, devido ao constrangimento que passou, como no delito tipificado no artigo 213 do Código Penal, o Estupro.

Insta salientar que nem todos os delitos de menor potencial ofensivo são de Ação Penal pública condicionada, devendo o próprio tipo penal prever tal situação.

Existe, ainda, excepcionalmente, a figura da Requisição do Ministro da Justiça, conforme Luiz Regis Prado leciona em sua obra. Tal Requisição funciona basicamente como a representação, ficando o Ministério Público vinculado a esta condição. Assim como na representação, para saber se há necessidade de se ter esta requisição, o próprio tipo penal dirá expressamente.

A diferença básica entre a ação pública incondicionada e a ação pública condicionada é que nesta depende de condição pré-estabelecida pelo legislador, seja a representação, que depende da vontade da vítima ou, na impossibilidade desta, seu representante, previsto no artigo 100, parágrafo 4º do Código Penal, ou requisição do Ministro da Justiça. Já naquela não depende da vontade de ninguém, e deve ser iniciada ex officio pelo representante do Ministério Público.

Há que ser destacado que o titular deste tipo de ação será o Ministério Público, assim como na Ação Penal pública incondicionada, pois embora haja condição pré-estabelecida pelo legislador, ela é pública.

Contudo, o direito a representação não é ad eternum, ou seja, a vítima tem um prazo para oferecê-la, que é de 06 (seis) meses, contados da data do conhecimento da autoria do delito, conforme previsto no artigo 103 do Código Penal.

Ademais, uma vez oferecida, é possível que a vítima se retrate da representação anteriormente oferecida, desde que o Ministério Público ainda não tenha oferecido denúncia, conforme se depreende do artigo 102 do Código Penal, reforçado pelo artigo 25 do Código de Processo Penal.

Luiz Regis Prado (2011, p. 689) e Fernando Capez (2011, p. 576) frisam que, uma vez iniciada a Ação Penal, preclui o direito de retratação do ofendido, e o Ministério Público assume-a incondicionalmente, respeitando todos os requisitos da Ação Penal pública mencionados anteriormente.

Vale lembrar que alguns doutrinadores, como Luiz Regis Prado, dizem que uma vez que houve Requisição do Ministro da Justiça, não haverá retratabilidade, vez que se o legislador assim o quisesse, teria previsto tal possibilidade expressamente, assim como o fez com relação à Representação, nos artigos 102 do Código Penal e 25 do Código de Processo Penal.

Rogério Greco, (2008, s.p.) traz uma ressalva com relação à obrigatoriedade do Ministério Público em dar continuação na Ação Penal devidamente representada ou requisitada. Isso porque, segundo ele, o Ministério Público é livre para formar sua opinião acerca dos fatos e provas colhidos, tendo a opção de requerer perante o juiz seu arquivamento, não chegando sequer a dar início à persecução penal.

Vale lembrar que a possibilidade de o Ministério Público requerer o arquivamento de determinados autos ocorre também na Ação Penal pública incondicionada, vez que, antes de ser parte acusatória da Ação Penal, o Ministério Público deve atuar como *custus legis*, e o direito penal, diferentemente do direito civil, busca a Verdade Real dos fatos.

Por fim, cabe ressaltar que, assim como na ação pública incondicionada, o início da Ação Penal pública condicionada se dá por meio de Denúncia.

2.3 - Ação Penal Privada

Este tipo de Ação Penal é ainda mais específico do que as demais espécies, sendo o ofendido legitimado para propô-la.

Os princípios que norteiam este tipo de Ação Penal são distintos dos princípios das ações penais públicas, existindo, segundo Fernando Capez, basicamente, três princípios, sendo o da Oportunidade ou Conveniência, Disponibilidade e Indivisibilidade.

Pelo primeiro princípio, temos a ideia de que o ofendido tem a possibilidade de iniciar a ação independentemente da vontade de quem quer que seja. Isso ocorre, pois o próprio legislador deu esta opção ao ofendido, e sendo ele o maior interessado na persecução penal, escolher se quer ou não dar início a ela.

O princípio da Disponibilidade, que comumente é confundido com o primeiro, é o oposto do princípio da Indisponibilidade, e consiste na possibilidade de o ofendido poder abandonar a Ação Penal a qualquer tempo. Isso é possível devido ao particular ser o titular exclusivo da ação.

Por fim, temos o princípio da Indivisibilidade, que nos trás a ideia de que o ofendido, embora tenha oportunidade de escolher se propõe ou abandona a ação, ele não pode escolher, caso opte por promovê-la, quais serão os ofensores a

ser processados. Caso o querelante resolva renunciar o direito de ação com relação a algum dos querelados, tal opção estende-se aos demais querelados.

Insta salientar que, assim como o direito de representação, o direito de queixa não é ad eternum, e decai no mesmo prazo de 06 (seis) meses do conhecimento da autoria, por expressa disposição legal do artigo 103 do Código Penal.

Por força da lei, a doutrina acabou por dividir este tipo de Ação Penal em três partes, sendo Ação Penal Privada Propriamente Dita, Ação Penal Privada Personalíssima e Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

2.3.1 - Ação penal privada propriamente dita

Em se tratando de Ação Penal privada, esta é a mais comum encontrada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caso, o titular do direito é o próprio ofendido, que pode ser representado por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme disposição do artigo 100, parágrafo 4º do Código Penal.

Assim como na Ação Penal pública condicionada, a lei irá dizer se o delito é de iniciativa privada. Neste tipo de ação, a vontade da vítima de querer ou não dar início à persecução penal prevalece sobre a do Estado em punir aquele que comete um delito.

Nessa linha de Raciocínio, Rogério Greco (2010, p.556/558) acrescenta que “existem situações que interessam mais intimamente ao particular do que propriamente ao Estado”.

2.3.2 - Ação penal privada personalíssima

As características deste tipo de Ação Penal são basicamente as mesmas da supramencionada.

No entanto, este tipo de Ação Penal é excepcionalíssimo, tendo em vista que não vigora a regra do artigo 100, §4º do Código Penal, ou seja, é exclusivamente direito do ofendido, não podendo nenhum representante legal propor ação em seu lugar.

No nosso ordenamento jurídico existe apenas um caso em que a Ação Penal é personalíssima, que é no crime de Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, previsto no artigo 236 do Código Penal. Nesta hipótese, apenas aquele que foi induzido a erro essencial e, em razão disso, contraiu casamento com alguém que, por qualquer motivo, esteja impedido de casar-se. O tipo penal, neste caso, é bem claro quando diz, em seu parágrafo único, que a Ação Penal será proposta pelo contraente enganado.

Assim sendo, caso o contraente, por qualquer motivo, não queira apresentar queixa-crime ou esteja impossibilitado de fazê-lo, ninguém será legítimo para substituí-lo, ainda que a vítima queira.

2.3.3 - Ação penal privada subsidiária da pública

Este é um típico caso de inércia do Ministério Público ao apurar um crime cuja Ação Penal é pública.

A própria Constituição Federal prevê tal possibilidade em seu artigo 5º, inciso LIX, reforçado pelo artigo 100, parágrafo 3º do Código Penal.

As regras são basicamente as mesmas de uma Ação Penal privada comum, devendo ser respeitado o prazo decadencial e podendo ser movida por seu representante legal.

Vale lembrar ainda que este tipo de Ação Penal existe apenas nos casos em que o Ministério Público não se manifeste no prazo legal, seja para oferecer denúncia, requerer diligências ou arquivamento, abrindo, deste modo, a oportunidade para que a vítima proponha a ação através de queixa.

Contudo, importante destacar que o Ministério Público não perde a titularidade da ação, podendo, inclusive, tomar o lugar do particular, ainda que este tenha feito queixa, pois ela não deixa de ser pública.

2.4 - Ação Penal em Crimes Complexos

Antes de falar em Ação Penal nos crimes complexos, é necessário saber o que são crimes complexos. A doutrina se divide em duas correntes para melhor explicá-los.

Pela primeira corrente, os crimes complexos, com previsão expressa no artigo 101 do Código Penal, são aqueles em que o próprio tipo penal prevê duas condutas distintas para caracterizá-lo, desde que, caso sejam praticadas isoladamente, caracterizam crimes autônomos.

Um exemplo típico de crime complexo é o Roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, que prevê a subtração de coisa alheia móvel (que, por si só, configura o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal) mediante violência (que pode resultar em lesão corporal, prevista no artigo 129 do aludido código) ou grave ameaça (crime tipificado no artigo 147 do mesmo código).

Deste modo, o legislador entendeu que quando ocorrer qualquer crime complexo, a Ação Penal será pública, desde que algum dos crimes que compõem o crime complexo seja por iniciativa do Ministério Público.

Já para a segunda corrente, crimes complexos são, além dos supramencionados, aqueles que o tipo penal prevê mais de uma conduta para a caracterização de um delito, não sendo, necessariamente, crimes se praticadas isoladamente, contudo, ao menos uma delas deve configurar algum delito.

É o caso do Estupro, que prevê a conjunção carnal, que, de per si, não é delito, mediante violência ou grave ameaça, que isoladamente são crimes.

Damásio de Jesus (2010, p. 340) não aceita que o Estupro seja considerado crime complexo, justamente pela conjunção carnal não ser crime se praticada isoladamente. Contudo, afirma que tal polêmica está superada com o advento da Lei nº 12.015/09, pois o atual artigo 225 do Código Penal prevê que a Ação Penal para os crimes descritos nos artigos 213, 215 e 216-A, todos do Código Penal, é, via de regra, Pública Condicionada.

Insta salientar que doutrinadores como Rogério Greco (2010, p. 556/558) e Julio Fabbrini Mirabete (2010, p. 361/362) entendem ser desnecessária tal disposição, vez que no artigo antecedente, o próprio Código já diz que a regra é que a Ação Penal seja pública incondicionada, sendo as exceções encontradas no próprio tipo penal.

Entretanto, em uma análise sistemática de tal dispositivo, podemos extrair que o legislador quis dar prioridade para a Ação Penal pública, vez que o Ministério Público, via de regra, é dono da Ação Penal.

3 SÚMULA 608 E SUA COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, o Supremo Tribunal federal editou a súmula 608, que diz *“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a Ação Penal é pública incondicionada”*.

Ocorre que tal súmula fora editada com base no antigo artigo 225 do Código Penal, e com o advento da lei supramencionada, gerou grande polêmica na doutrina, tendo em vista que referido artigo fora alterado.

Brevemente, Damásio de Jesus (2010, p. 803) diz que a súmula 608 é utilizada, inclusive cita que, por ser anterior à Lei nº 12.015/2009, estende-se ao antigo atentado violento ao pudor, sendo que hoje há a unificação entre estupro e atentado violento ao pudor, não fazendo a súmula 608 qualquer distinção entre ambos.

Na mesma linha de raciocínio de Damásio (2011, s.p.), Julio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, André Estefam e Rogério Greco também aceitam a aplicabilidade de tal súmula como forma de evitar violação à Constituição Federal.

Todos eles dizem que, embora tal súmula tenha sido editada com base no antigo artigo 225 do Código Penal, seria inviável a revogação da mesma, em face de fragilidade das alterações trazidas.

Contudo, assevera André Estefam que a aludida súmula deve ser utilizada apenas nos casos em que do estupro resulte lesão de natureza grave ou a morte à vítima.

Por sua vez, Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 425) afirma que a súmula deve ser aplicada sempre, tendo em vista que entende que violência real configura-se com qualquer tipo de lesão, devendo não ser aplicada a súmula 608 apenas nos casos em que ocorra apenas grave ameaça.

Embora haja divergência quanto à aplicação da súmula, os autores acima mencionados concordam que tal súmula não foi revogada, devendo ser aplicada, no mínimo, quando houver lesão corporal de natureza grave ou morte.

Contudo, indo totalmente contra a doutrina majoritária, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62/63) diz que quando a vítima for adulta, a Ação Penal é pública condicionada, independentemente de resultado ulterior.

Tal pensamento é equivocado, tendo em vista que não é pelo simples fato de a súmula ter sido editada anteriormente às alterações que não poderá ser aplicada atualmente.

Importante ressaltar que, pensando da mesma maneira de Guilherme Nucci, estar-se-ia beneficiando com a impunidade aqueles que cometeram estupro com resultado morte contra pessoa adulta, e que a vítima, devido a sua morte, não tenha deixado legitimados para dar representação para o Ministério Público propor Ação Penal, ou ainda que seu único representante seja o próprio agressor.

Assim sendo, esta linha de raciocínio é totalmente desprezível e errônea, devendo ser discutido apenas o conceito de violência real, pois, dependendo da maneira como cada pessoa interpretá-la, a aplicação da súmula será de forma diferente.

3.1 Conceito de Violência Real

Segundo André Estefam (2009, p. 25) violência real é apenas aquela que resulte em lesão grave, prevista no artigo 129, §1º, lesão gravíssima, prevista no §2º do mesmo dispositivo, ou morte.

“Conclui-se do exposto que a súmula citada não foi revogada pela Lei nº 12.015/2009, devendo ser aplicada tão somente nos casos em que o estupro resultar lesão corporal grave ou morte”.

Já Rogério Greco (2010, p. 556) diz que violência real é aquela que resulte em qualquer tipo de lesão.

“Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a Ação Penal será de iniciativa pública incondicionada, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no caput do art. 225 do Código Penal,

somente se exigindo a representação do (a) ofendido (a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de grave ameaça”.

Insta salientar que, embora estes doutrinadores tenham entendimentos distintos acerca de violência real, ambos concordam com a validade e aplicabilidade da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Indo de forma totalmente antagônica, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62/63) diz que a súmula 608 não é mais aplicada, pouco importando se houve ou não qualquer tipo de violência, o que é totalmente ilógico, devido à fragilidade da atual legislação.

“Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo o cenário presente.”

3.2 - Estupro com Resultado Morte

Como dito anteriormente, de acordo com a doutrina majoritária, embora tenham ocorrido alterações no artigo 225, a violência real continua existindo, e a súmula 608 deve ser aplicada.

Por óbvio, quem segue esta linha de raciocínio entende que quando do estupro resulte morte, a Ação Penal também será incondicionada.

Contudo, se seguirmos o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, estaremos, de certa maneira, incentivando os criminosos a praticarem crimes sexuais, em especial o estupro, e mais, incentivando-os a matarem suas vítimas.

Em uma interpretação literal do atual artigo 225 do Código Penal juntamente com a posição de Nucci, verifica-se que o agente ofensor somente

responderá pelo crime de estupro nos casos em que a vítima sobreviva e queira representar, pouco importando se ocorreram lesões ou, se ocorreram lesões, sua natureza, ou ainda, se a vítima morrer, deixar representante legal, seja cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, e que estas pessoas queiram representar contra o agente ofensor.

Ora, nosso direito penal busca a verdade real dos fatos, sendo que a dúvida é benéfica ao réu, por força do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Desta feita, em um caso em que o criminoso cometa o crime de estupro contra uma mulher adulta, a qual não tem qualquer representante legal ou que seu único representante seja justamente o agente ofensor, e a mata, alegando que não tinha a intenção de matá-la, poderia ser instaurada Ação Penal, contudo seria necessário provar que o agente tinha a intenção de matá-la para que fosse processado pelo crime de homicídio, e caso não ficasse comprovada a intenção do criminoso, o agente ficaria impune.

Portanto, devemos entender que a Súmula 608 continua vigente, ainda que feita com base em um artigo alterado, isso para evitar falhas grotescas e impunidade desses criminosos.

3.3 - Dos Legitimados para Propor a Ação Penal

Uma das principais alterações feitas pela lei supra foi com relação aos legitimados para propor a Ação Penal, tendo em vista que, anteriormente, a ação era privada e passou a ser pública condicionada à representação.

A simples alteração dos legitimados, de per si, não é inconstitucional, contudo, a maneira como foi feita não foi a mais adequada, gerando certa discórdia e insegurança jurídica. Isso porque existe o prazo decadencial, tanto para oferecer queixa-crime nos crimes de Ação Penal privada, quanto à representação para que o Ministério Público possa dar continuidade no processo nos crimes de Ação Penal pública condicionada, sendo ambos os prazos previstos no artigo 103 do Código Penal.

Assim, em casos que, por exemplo, o crime tenha ocorrido antes de tais alterações e a vítima tenha proposto a queixa-crime e o processo esteja em seu tramite natural, com a alteração de legitimação, a vítima não mais poderia seguir o processo, devendo dar representação ao Ministério Público, para que desta maneira, o processo siga seu trâmite natural.

Ocorre que, passados 06 (seis) meses do conhecimento da autoria sem que a vítima ofereça representação, tal direito decai, por força do artigo 107, inciso IV combinado com o artigo 103, ambos do Código Penal.

Desta maneira, se o crime foi cometido 06 (seis) meses antes das modificações ou sua autoria descoberta no mesmo período, o direito de representação atualmente previsto para tais crimes decai, gerando impunidade ao agente infrator, insegurança jurídica e violação ao Princípio da Vedação da Proteção Deficiente por parte do Estado.

Embora seja um dos pontos mais importantes, pouco é falado pela doutrina e jurisprudência.

Contudo, Rogério Greco (2010, p. 558), diz:

“Quando se verifica que o texto legal aponta para possibilidades interpretativas variadas, impõe-se ao intérprete buscar extrair da lei o sentido que mais se harmonize com a Constituição.”

Assim sendo, embora exista esta falha no ordenamento jurídico, não devemos apenas fazer uma interpretação literária do texto legal, ou seja, devemos buscar dar uma interpretação para que a sociedade não fique desamparada, tampouco que confronte a Constituição.

Desta maneira, com relação aos legitimados, podemos dizer que a regra vale apenas para os crimes cometidos depois das alterações e para os crimes em que o direito de representação ainda não tenha decaído até a promulgação da atual lei.

Contudo, insta salientar que apenas uma interpretação neste sentido não sana o problema, devendo ser mais bem analisada pelos legisladores infraconstitucionais, vez que ainda existem divergências na doutrina e tal interpretação deve ser aprofundada para que a sociedade não fique insegura.

Desta maneira, uma solução para acabar com este problema seria uma emenda ao artigo 225, criando-se um divisor de águas para evitar qualquer tipo de conflito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

4 - VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Claras foram as afrontas a nossa Constituição Federal com o advento da Lei nº 12.015/09, principalmente no que tange aos princípios fundamentais.

Dentre vários princípios violados, podemos dar destaque maior a três deles, sendo o princípio da Proporcionalidade, prevista implicitamente em vários dispositivos de nossa Constituição, o da Vedação da Infraproteção por parte do Estado, embora já existente, pouco era falado na doutrina, contudo, ganhou grande importância com a alteração do Título VI do Código Penal, e o da Dignidade da Pessoa Humana, previsto expressamente no artigo 1º, inciso III do aludido diploma legal.

4.1 - Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade, que está previsto em vários dispositivos constitucionais, como no artigo 5º, incisos XLVII, XLVI e LIV, traz a ideia de que cada crime deve ter sua pena de forma proporcional, de modo que a vítima sinta-se, no mínimo, amparada, e que o infrator não tenha seus direitos constitucionais violados, segundo Beccaria, em seu livro “Dos Delitos e das Penas”.

Fernando Capez (2011, p. 40) traz um ponto importantíssimo acerca de tal princípio, dizendo que:

“Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio constitucional da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas.”

Com este pensamento, a alteração no ordenamento jurídico fere gravemente tal princípio, pois muito embora exista o artigo 100, §4º do Código

Penal, nos casos em que a vítima não tenha nenhum parente apto a prosseguir com a Ação Penal ou o próprio infrator for a única pessoa apta para eventualmente representá-la, ele ficaria impune, pois não há mais parte ativa legítima na ação.

Diz o artigo 100, §4º do Código Penal:

“No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

A própria Constituição Federal, de forma indireta, mas com base em tal princípio, trata dos crimes inafiançáveis, dando um rigor maior a determinados crimes, bem como dos juizados especiais, de forma a punir o agente de forma proporcional àquele delito praticado.

Seguindo esta linha de raciocínio, não seria proporcional a nenhuma das partes, seja para a vítima, autor ou até mesmo a sociedade, a aplicação literal da lei atual para os crimes sexuais que resultem vítimas fatais.

Isso porque o autor cometeria um crime grave, de forma cruel, e não receberia nenhuma punição por falha da lei, enquanto que a vítima, que sofreu com os abusos praticados, vem a óbito, e a sociedade fica completamente desamparada, sem a devida segurança e com a incerteza de que algum dia a justiça seja feita e o infrator seja punido.

Assim sendo, todas as normas do nosso ordenamento jurídico devem respeitar este princípio, de modo que o agente infrator responda proporcionalmente por aquilo que praticou, e a sociedade não se sinta desamparada.

4.2 - Princípio da Vedação da Proteção Deficiente por Parte do Estado

O Princípio da Vedação da Proteção Deficiente por Parte do Estado, que assim como o princípio da Proporcionalidade está previsto implicitamente em nossa Constituição Federal, tendo em vista ser uma vertente do princípio da proporcionalidade, citado no tópico anterior.

Tal princípio traz a ideia de que o Estado não pode, em hipótese alguma, deixar a sociedade sem uma proteção eficiente, principalmente quando ocorrem crimes graves.

O Estado tem o dever de proporcionar segurança e proteção a todos, e quando ocorrer crimes, deve agir de forma justa para todos, seja para as vítimas, autores do crime ou a sociedade.

Com a alteração trazida pela Lei nº 12.015/09, tal princípio foi extremamente violado. No mesmo caso exposto anteriormente, o Estado não puniria o criminoso, tendo em vista a falta de normatização para solucionar tal caso.

É inadmissível que em crimes tão cruéis, como o estupro em que resulte morte da vítima, o autor do crime fique impune por uma falha na lei, principalmente por ofender a Constituição Federal e deixar a sociedade totalmente desamparada, e de certa maneira, incentivando a prática de tais crimes.

Luiz Flávio Gomes (2009, s.p.) diz:

“O princípio da proibição de proteção deficiente, bastante apropriado para o âmbito dos direitos sociais, na esfera penal deve ser compreendido com grande cautela, visto que, no Direito penal, por força do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu, o que não está na lei (contra o réu) não pode ser aplicado (ainda que isso represente uma inconstitucionalidade por insuficiência de proteção). O que não está na lei (contra o réu) não pode ser suprido pelo juiz e o que está na lei (por exemplo: a Ação Penal doravante no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal é pública condicionada) não pode ser negado por ele.”

Assim sendo, podemos concluir que a lei serve para impor um mínimo de harmonia e organização na sociedade, de modo que não sejam violados direitos alheios, bem como deve proteger os cidadãos em casos de violação de seus direitos, o que não ocorre com a atual disposição.

4.3 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana se resume em proteger o ser humano de situações em que possam constrangê-lo ou submetê-lo a condições de menosprezo.

Este princípio tem previsão expressa na Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, inciso III, quando diz:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana”.

Tal princípio foi gravemente ferido pela nova lei, tendo em vista que, a maioria dos crimes previstos no Título VI são totalmente constrangedores, desprezíveis e que menosprezam as vítimas.

A impunidade fica clara com a nova redação do artigo 225, parágrafo único do Código Penal, pois é omissa e, de certo modo, conivente com determinados atos praticados pelos criminosos.

Maria Garcia (2010, p. 300) diz que:

“A dignidade da pessoa humana tem como essência e base, portanto, a liberdade de dar-se uma lei a si mesmo (no sentido do imperativo categórico kantiano), pela vontade racional. Sendo a razão um atributo do humano – todo ser humano (que tenha a qualidade do humano) detém essa dignidade. Daí poder-se afirmar que a dignidade humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantia moral e juridicamente.

(...)

E reporta-se à formulação de G. Durig, em face da Constituição da Alemanha, para quem **a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa**”.

Desta maneira, fica claro que a vítima é menosprezada por tais alterações, vez que o legislador pouco se importou com sua situação, esquecendo-

se que a principal finalidade da lei penal é dar segurança à sociedade, punindo aqueles que delinquirem.

Ora, é inaceitável exigir representação nos casos em que ocorram lesões de natureza grave ou o óbito à vítima.

Destarte, fica evidente a falha imposta pela nova legislação, e a violação deste princípio constitucional, vez que, de certa forma, traz impunidade ao criminoso e deixa a vítima em situação total de menosprezo.

5 – DAS ALTERAÇÕES DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS

Como dito nos capítulos antecedentes, o legislador foi infeliz ao alterar o Título VI do Código Penal nos termos da Lei nº 12.015/09.

Além da repercussão negativa de tais alterações, elas deixaram um vazio no ordenamento jurídico, gerando, até mesmo, dúvidas quanto à capacidade de o Estado resolver problemas no âmbito penal, bem como da capacidade de proteger os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

Assim sendo, é necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema, analisando, de forma clara e objetiva, todas as alterações e seus efeitos práticos.

5.1 - Da Alteração dos Legitimados nas Ações Penais nos Crimes Contra a Dignidade Sexual

Reforçando a ideia anteriormente exposta, a simples alteração dos legitimados para propor Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual, por si só, não é inconstitucional.

O que é inconstitucional é a forma como foi feita, vez que deixou de prever a hipótese em que a vítima não tenha nenhum representante legal para dar início à Ação Penal, por meio de Representação, ou ainda quando o próprio autor do fato seria única pessoa legítima para tanto.

Deixou, igualmente, de dizer o que ocorrerá com as ações penais que ainda não transitaram em julgado, mas que ocorreram antes de tais alterações e foram propostas pelas próprias vítimas.

Insta salientar que, em nosso ordenamento jurídico, quando ocorrem alterações legislativas de natureza material, é necessário verificar se ela é mais benéfica ou maléfica ao réu para saber qual das normas aplicar. Contudo, não é o

que ocorre com as alterações legislativas de natureza processual, devendo elas ser aplicadas a partir do momento em que entrarem em vigor.

Vale lembrar que recentemente, o Supremo Tribunal Federal disse que a Ação Penal para os crimes de violência doméstica passou de pública condicionada à representação para pública incondicionada, alcançando todos os casos anteriores a esta decisão.

Destarte, segundo a legislação atual, todos os crimes de estupro que ocorreram antes das alterações e que ainda não transitaram em julgado foram alcançados pela nova lei, passando a ser de Ação Penal pública condicionada.

Como dito anteriormente, em muitos casos os prazos para representação decaíram, impossibilitando qualquer punição ao agente infrator. Isso fere gravemente nossa Constituição Federal, vez que o Estado deve preservar a segurança jurídica e social, agindo de modo que a sociedade fique protegida e os infratores sejam punidos.

5.2 - Artigo 225 do Código Penal – Antes e Depois

A Ação Penal nos crimes previstos no Título VI do Código Penal era, em regra, de iniciativa privada.

Certo é que a legislação necessitava de alterações, vez que alguns dos crimes ali previstos necessitavam de uma interpretação muito abrangente, como no caso dos antigos artigos 215 e 216 falavam, respectivamente, em mulher honesta e mulher virgem.

Ocorre que em 2005 tais dispositivos, (além de outros) já haviam sido modificados pela lei 11.106/05, de modo que, embora o Título VI fosse criado juntamente com o Código Penal, em 1940, ainda era viável sua utilização na forma como encontrava-se, vez que não havia ofensa a qualquer preceito fundamental.

Ademais, ainda que a Ação Penal fosse de iniciativa privada, a própria legislação previa exceções genéricas, incluindo a Súmula 608 do Supremo Tribunal

Federal, de modo que, em casos mais graves, a Ação Penal seria de iniciativa do Ministério Público.

Isso ocorria para dar maior segurança jurídica, pois entendia o legislador que, em determinados casos, não prevalecia a vontade da vítima em manter segredo sobre o que ocorreu e evitar constrangimentos, mas sim o dever de o Estado punir de forma mais severa aquele que cometia tais crimes.

O antigo artigo 225 do Código Penal dizia:

“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.”

Em complemento a tal artigo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608, dizendo que em caso de estupro praticado mediante violência real, a Ação Penal será Pública Incondicionada.

Contudo, em 2009, o legislador alterou toda a parte processual e boa parte do direito material, transformando a Ação Penal em pública condicionada, e prevendo exceções próprias em cada tipo penal.

O atual artigo 225 diz:

“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.”

Desse modo, como já exposto, há discussão acerca da validade e eficácia da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, vez que fora editada com base no antigo artigo 225 do Código Penal.

Fato é que não há nenhuma previsão para os casos em que ocorra morte ou lesão corporal de natureza grave contra a vítima, apenas agravantes previstas no próprio tipo penal, ferindo gravemente o princípio da Vedação da Proteção Deficiente por parte do Estado, conforme estudado.

5.3 - Da Eficácia e Aplicabilidade da Atual Regra do Título VI do Código Penal

Não há dúvidas quanto à fragilidade da atual legislação acerca de crimes sexuais, não em seu aspecto material, mas sim no aspecto processual.

Desta forma, não há como ser aplicada “a grosso modo”, do jeito que está imposta. Como explicado, isso acarretaria consequências irreparáveis à sociedade e geraria dúvidas quanto à eficácia do poder público em face dos criminosos.

Devido às duras críticas da doutrina e à necessidade de agir de modo diverso ao que é imposto pela atual legislação, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser aplicável a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Em decisão do dia 23 de março de 2012, sobre um fato ocorrido no ano de 2006, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça disse o seguinte:

“DECISÃO

Sexta Turma reafirma dispensa de representação em caso de estupro com violência real

Nos crimes de estupro praticados com emprego de violência real, a Ação Penal é pública incondicionada, não sendo possível alegar decadência do direito de representação, nem ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Com base nesse entendimento, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou habeas corpus que pretendia trancar Ação Penal por estupro contra um acusado que já responde por dois homicídios – todos os crimes praticados no mesmo dia.

Os fatos ocorreram em 24 de abril de 2006. Segundo apurado, após discutir com a companheira no local onde moravam, o acusado a esfaqueou, produzindo os ferimentos que viriam a causar sua morte. Em seguida, invadiu o cômodo dos vizinhos com a companheira ensanguentada e desfalecida nos ombros. Largou-a junto à porta e passou a agredir o vizinho, que morreu por causa das facadas. A vizinha tentou fugir do agressor, mas foi ameaçada com a faca e constrangida à prática de sexo.

A denúncia foi recebida em março de 2007 e o réu foi pronunciado na Ação Penal em curso na Vara do Tribunal do Júri de São Bernardo do Campo (SP), acusado da prática de crimes de homicídio (duas vezes) e estupro. A defesa recorreu, sustentando, entre outras coisas, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para processar o acusado pelo crime de estupro, ante a decadência do direito de representação da vítima. O recurso foi rejeitado.

No habeas corpus dirigido ao STJ, a defesa apresentou a mesma alegação, de que a manifestação da vítima – quanto à intenção de processar o acusado por estupro – e a respectiva declaração de hipossuficiência seriam intempestivas, pois foram juntadas aos autos apenas em 19 de fevereiro de 2009, quase três anos após o crime.

Ainda segundo a defesa, o processo transcorreu sem que o Ministério Público fosse legitimado para a ação, pois o termo de representação e a declaração de pobreza da vítima só foram colhidos por ocasião do encerramento da instrução criminal, quando o próprio órgão acusatório percebeu a omissão processual.

Requeru, então, o trancamento parcial da Ação Penal, no que se referia ao crime de estupro, em razão da decadência do direito de representação da vítima. No seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela rejeição do pedido.

Jurisprudência

Em decisão unânime, a Sexta Turma negou o pedido para trancar a Ação Penal. O relator do caso, ministro Sebastião Reis Júnior, lembrou que o crime ocorreu em 2006 e a denúncia foi recebida em 2007, antes, portanto, da promulgação da Lei nº 12.015/09, que alterou o Código Penal da parte relativa aos crimes sexuais. 'As condições da ação devem ser analisadas à luz da legislação anterior', disse ele, acrescentando que, em tal contexto, não se pode falar em decadência do direito de representação da vítima.

Na legislação anterior, o processo penal por estupro competia à própria vítima, mas o Ministério Público podia assumir a ação se ela não tivesse meios de arcar com as despesas – caso em que se exigia representação da vítima pedindo essa providência. A Lei nº 12.015 estabeleceu que a Ação Penal é pública, a cargo do MP, mas ainda condicionada à representação da vítima.

No entanto, segundo o ministro Sebastião Reis Júnior, a jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF) adotou o entendimento de que, nas situações de estupro cometido com emprego de violência real, a Ação Penal é pública incondicionada – ou seja, o Ministério Público deve agir independentemente de representação da vítima.

'Se há indícios de emprego de violência e grave ameaça contra a ofendida, inclusive com o uso de faca, é desnecessário discutir se o termo de representação e a declaração de hipossuficiência são extemporâneos', assinalou o relator. Ele observou ainda que não há forma rígida para a representação – quando necessária –, bastando a manifestação inequívoca da vítima no sentido de que o autor do crime seja processado.

Para o ministro, a providência de colher a aquiescência da vítima – tomada ao término da instrução criminal – deu-se por mera cautela do Ministério Público. 'Mesmo que se entendesse imprescindível a representação, a intenção da ofendida para a apuração da responsabilidade já foi demonstrada, pois as suas atitudes após o evento delituoso, como o comparecimento à delegacia e a realização de exame pericial, servem para validar o firme interesse na propositura da Ação Penal', disse ele.

O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial.”

Deste modo, podemos entender que, embora a regra seja que a alteração processual deve ser seguida a partir de sua promulgação, independentemente se mais benéfica ou maléfica ao réu ou à sociedade, a jurisprudência trouxe esta exceção, e de forma indireta, modificou a aplicabilidade e eficácia do disposto no artigo 225, parágrafo único do Código Penal.

5.4 - Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301

Devido a tantas irregularidades trazidas pela Lei nº 12.015/2009 e divergências doutrinárias acerca de sua aplicação, o Procurador Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4301.

O Procurador fundamentou que a alteração imposta ao artigo 225 do Código Penal pela lei feriu os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção deficiente por parte do Estado, vez que o Estado deixa de proteger as vítimas de crimes de estupro, deixando-a em situação de menosprezo e desamparo.

É obrigação do Estado fornecer total segurança e garantir os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal a todos, indistintamente.

Segundo o Procurador Geral da República, quando propôs a ADI 4301, houve um retrocesso, vez que antes destas alterações, nos casos em que ocorresse lesão corporal ou morte da vítima, a ação deixaria de ser privada para ser pública incondicionada.

Vale lembrar que, segundo ele, o grande problema não foi a alteração da lei em si, mas sim a forma como foi feita, tendo em vista a falta de previsão nos casos em que ocorram violência real ou morte da vítima, tanto que a impugnação da ADI proposta por ele é especificamente contra a atual redação do artigo 225 do Código Penal.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4301 ainda não foi julgada, contudo, atualmente, a maioria da doutrina e da jurisprudência vem concordando

com as alegações trazidas pelo Procurador Geral da República, inclusive sendo aplicadas em casos concretos, como citado no tópico anterior.

Em síntese, o Procurador Geral da República expôs na ADI 4301 o que segue:

“(…)

3. A impugnação dirige-se especificamente contra a nova previsão de que, no crime de estupro do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deve proceder-se mediante Ação Penal pública condicionada à representação, e não mais por meio de Ação Penal pública incondicionada.

(…)

7. Com as inovações trazidas aos artigos 213 e 225 do Código Penal, a persecutio criminis relativa ao delito sexual, tanto na sua forma simples quanto nas modalidades qualificadas, passou a se viabilizar mediante Ação Penal pública condicionada à representação (art. 225, caput), admitindo-se, em caráter excepcional, Ação Penal pública incondicionada, estritamente nos casos em que a vítima seja menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único).

(…)

9. Além das exceções previstas no antigo art. 225, a Ação Penal pública incondicionada era adequada ainda ao delito sexual do qual decorresse lesão corporal grave ou morte. A razão é que tais resultados estavam definidos como crimes qualificados no mesmo capítulo em que inserido o art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais esse remetia. Aplicava-se, então, a regra geral prevista no art. 100 do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal.

10. Intensa controvérsia se desenvolveu quanto à Ação Penal apropriada quando o crime sexual fosse praticado mediante violência real traduzida em vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, não obstante a existência, há muito tempo, da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a Ação Penal é pública incondicionada”.

11. A jurisprudência sumulada parte da premissa de que se estaria a tratar de crime complexo, havendo de prevalecer, em consonância com o disposto no art. 101 do Código Penal, o cabimento de Ação Penal pública incondicionada, visto que era por meio desta que se procedia nos crimes de lesão corporal leve.

12. Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal grave ou morte, visto que a persecução penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

13. Referida condição de procedibilidade da Ação Penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime – , constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

14. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem

assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

(...)

16. A ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos de maior importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justificasse a opção legislativa.

17. Sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação Penal, cujos resultados são lesão grave ou morte – ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos –, a Ação Penal é sempre pública incondicionada. O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.

18. Em razão das considerações expostas, pretende-se que o Supremo Tribunal assente que, no estupro qualificado por morte ou lesão grave, a Ação Penal será pública incondicionada.”

6 - CONCLUSÃO

Da presente pesquisa, concluímos que, antes das alterações da aludida lei, as discussões que existiam contra o Código Penal eram apenas em relação a uma renovação, vez que o atual Código é de 1940.

Entretanto, não podemos aceitar quaisquer alterações apenas por serem novas, devemos nos atentar à necessidade, aplicabilidade e principalmente à justiça.

Ora, de que adiantariam as inovações legislativas se forem apenas no sentido de beneficiar os infratores com a impunidade e incerteza de que o Estado protegerá a sociedade?

O legislador cometeu várias falhas grotescas ao promulgar esta lei, desrespeitando vários princípios constitucionais, a sociedade, a segurança jurídica e, principalmente, a JUSTIÇA.

Embora existam divergências e críticas de alguns, a jurisprudência e a doutrina majoritárias, preocupadas com a sociedade, segurança jurídica, paz social e vários outros fatores, entenderam por bem manter em vigência a Súmula 608 editada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tenha sido feita com base na legislação anterior, como forma de vetar a impunidade e punir de forma justa os criminosos.

Seguindo o mesmo caminho, o Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel dos Santos propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, visando extirpar todas as inconstitucionalidades trazidas por esta lei, no intuito de proteger a sociedade e impedir a impunidade.

Desta forma, concluímos que, embora tal lei ainda esteja vigente, devemos usar “válvulas de escape”, como a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal e a própria jurisprudência, isto para evitar injustiças e impunidades, amparando e defendendo a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

_____. **Código Penal de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Volume I, Parte Geral – Editora Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Volume III, Parte Especial, 7ª edição - Editora Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Volume I, Parte Geral, 26ª edição – Editora Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Volume II, Parte Especial, 28ª edição – Editora Atlas, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral, 9ª edição – Editora Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 3, Parte Especial, 9ª edição – Editora Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado, 20ª edição – Editora Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 3, Parte Especial, 20ª edição – Editora Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André. Crimes Sexuais, Comentários à Lei nº 12.015/2009 – Editora Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual, Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 – Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Maria, SOUZA, Carlos Aurélio Mota de e CAVALCANTI, Thais Novaes. Princípios Humanistas Constitucionais, Reflexões sobre o Humanismo do Século XXI, 1ª Edição – Editora Letras Jurídicas, 2010.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, proposta pelo Procurador Geral da República em 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, artigo disponível em <http://www.lfg.com.br>, 16 de dezembro de 2009.

SÁ, Fernando Freitas Lopes e SILVA, Emanuel Gonçalves da. Artigo “Inconstitucionalidades na Lei nº 12.015/2009” publicado no Encontro Toledo de Iniciação Científica de 2011.

LUENGO, André Freitas e CHAVES, Leandro Santos. Artigo “Considerações Sobre as Novas Regras da Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual” publicado no Encontro Toledo de Iniciação Científica de 2011.

http://www.stj.gov.brportal_stjpublicacaoengine.wsptmp.area=398&tmp.texto=105137&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estupro