

INCONSTITUCIONALIDADES NA LEI 12.015/09

Fernando FREITAS Lopes Sá¹
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO: O presente artigo irá mostrar os principais malefícios trazidos pela lei 12.015/09, que alterou o Título VI do Código Penal, que dispõe sobre os Crimes Contra a Dignidade Sexual, revogando alguns artigos extremamente importantes para solução de conflitos.

Palavras-chave: Dignidade Sexual. Ação Penal. Inconstitucionalidade. Impunidade. Infraproteção.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos primórdios, os crimes que violam a dignidade sexual são vistos como crimes repugnantes, cruéis e desumanos, e sempre existiram punições severas contra os agressores.

No Brasil não é diferente, e pensando nisso que o legislador criou o Título VI do Código Penal, que visa punir severamente aqueles que cometerem tais crimes.

Com o passar dos anos, nosso Código Penal foi passando por várias reformas, sendo que em uma das mais recentes, foi modificado, de forma muito significativa, o Título VI do Código Penal, que anteriormente à ela o referido título possuía o nome de “Dos Crimes Contra os Costumes”, e atualmente chama-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Dentre as alterações, podemos dar maior ênfase à ação penal, à modificação dos legitimados para propor a ação penal e necessidade de representação nos crimes cometidos anteriormente à lei.

O tema em questão é duramente criticado pela doutrina pátria, pois fere claramente o princípio da vedação da infraproteção por parte do Estado, o

¹ Discente do 4º. ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fls_fernando@hotmail.com devidamente matriculado sob R.A. 001.1.09.159

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do trabalho.

princípio da proporcionalidade e também o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto que o Procurador Geral da República impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a aludida lei.

Estas alterações deixaram a população desamparada nos casos em que, por exemplo, a vítima de tais crimes venha a falecer pela violência empregada, tendo em vista que o artigo 225 do Código Penal foi modificado, e não mais existe a previsão legal de que em caso de morte da vítima, a ação penal é pública incondicionada.

O grande objetivo do presente trabalho é demonstrar a fragilidade destas alterações, visando expor maneiras que possam melhorar, de alguma forma, a aplicação da mesma, buscando informações em fontes doutrinárias, pesquisas semelhantes e jurisprudências.

2 DA MODIFICAÇÃO DOS LEGITIMADOS

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.

Assim, em casos que, por exemplo, o crime tenha ocorrido antes de tais alterações, a vítima tenha proposto a queixa-crime e o processo está 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 c.c. 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, no volume II da 7ª edição de sua obra “Curso de Direito Penal – Parte Especial”, 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 tenha 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 melhor analisada pelos legisladores infraconstitucionais.

3 AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Como dito anteriormente, a simples modificação do tipo de ação que deve ser proposta não é inconstitucional.

Em determinados aspectos tal alteração trouxe alguns benefícios, como por exemplo, procurou inibir a ação dos criminosos, vez que não mais é proposto pela vítima, e sim pelo Ministério Público, com a devida representação ofertada pelo ofendido.

Contudo, tais alterações trouxeram mais malefícios do que benefícios, vez que a regra atual para os crimes do Título VI é que a ação é pública condicionada à representação, sendo previstas apenas duas exceções, quais sejam, aquelas previstas no parágrafo único do artigo 225 do Código Penal, que diz:

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

A grande falha de tal dispositivo foi em não prever a hipótese em que a vítima vem a óbito. Desta maneira, tendo em vista que o nosso Código Penal não possui uma interpretação extensiva, a ação penal somente seria pública incondicionada nas hipóteses do parágrafo único do artigo 225.

Contudo, dispositivo fere gravemente vários princípios constitucionais, principalmente o princípio da proporcionalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação da proteção deficiente por parte do Estado.

3.1 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade, que está previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, nos 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”*.

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, o infrator fica 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”.

Não é proporcional a nenhuma das partes, seja para a vítima ou autor, tendo em vista que o autor comete um crime grave, de forma cruel, e não recebe nenhuma punição por falha da lei, enquanto que para a vítima, que veio a óbito, e sua família, resta apenas a angústia e indignação pela perda de um ente, de forma cruel, enquanto que o autor do crime segue sua vida normal, sem receber qualquer punição.

3.2 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 nos 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 nos proporcionar segurança e proteção, 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 12.015/09, tal princípio foi extremamente violado, tendo em vista que, no mesmo caso exposto anteriormente, o Estado não puniria o criminoso, tendo em vista a falta de normatização para solucionar tal caso.

É inadmissível pensarmos 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.

3.3 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.

Tal princípio foi 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 destes crimes tão cruéis, a impunidade fica clara com a nova redação do artigo 225, parágrafo único do Código Penal.

Ora, é inadmissível pensarmos em ação penal pública condicionada à 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.

3.4 Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal

Antes da modificação do Código Penal, foi criada a Súmula 608, que diz:

“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Para muitos doutrinadores, tal súmula funciona como uma válvula de escape para as inconstitucionalidades de tal lei, pois quando há violência real, muda-se a ação penal para pública incondicionada, tendo em vista tratar-se de crime complexo, previsto no artigo 101 do Código Penal, que diz:

“Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública”.

em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Tal súmula foi criada com base na premissa de que estupro que resulte lesão corporal ou morte é crime complexo, tendo em vista a gravidade do delito.

A maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência entende ser aplicável tal súmula, de modo que não sejam violados princípios fundamentais.

Contudo, a doutrina diverge com relação ao que seria **violência real e crime complexo**.

3.4.1 Conceito de violência real

Segundo André Estefam, em sua obra “*Crimes Sexuais – Comentários à Lei 12.015/2009*”, violência real é apenas aquela violência que resulte 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 12.015/2009, devendo ser aplicada tão somente nos casos em que o estupro resultar lesão corporal grave ou morte” (André Estefam, Crimes Sexuais, pg.25).

Já Rogério Greco, em sua obra “*Curso de Direito Penal – Parte Especial*”, diz que violência real é qualquer tipo de violência que resulte 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” (Rogério Greco, Curso de Direito Penal, pg.556).

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 diz, em sua obra *“Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009”*, 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.

3.4.2 Conceito de crime complexo

Existem duas correntes para explicar o que seriam crimes complexos.

Uma delas diz que crimes complexos são aqueles em que o elemento constitutivo do delito é a junção de outros dois delitos, como por exemplo o crime de roubo, que é a subtração de coisa alheia móvel, que é elemento do furto, cometido mediante **violência ou grave ameaça**, que configuram o crime de ameaça ou, eventualmente, o crime de lesão corporal.

Outra corrente diz que crime complexo é aquele que há duas condutas para caracterizar um delito, desde que, no mínimo, uma das condutas seja elemento constitutivo de outro crime, como no caso do estupro, que é a conjunção carnal ou outro ato libidinoso juntamente com a violência ou grave ameaça. Certo é que há duas condutas, contudo, a conjunção carnal ou o ato libidinoso, por si só, não são condutas delituosas, porém a violência e a grave ameaça sim.

Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra *“Manual de Direito Penal, Volume II”* tem o mesmo posicionamento de André Estefam sobre o conceito de violência real, e no que tange ao conceito de crime complexo, adota a segunda corrente, fundamentando que, por força do artigo 101, que trata da ação penal nos crimes complexos, e do artigo 146, que trata do crime de Constrangimento legal, a ação penal também seria incondicionada, pois a ação penal para o crime de constrangimento ilegal é de ação penal pública incondicionada.

“Sustenta-se, ainda, a ação pública incondicionada no crime de estupro, por força do art. 101, mas com fundamento no art. 146, que prevê essa espécie de ação penal para o crime de constrangimento ilegal, que é elemento constitutivo do estupro” (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, pg.425).

Tal pensamento deve ser considerado, mas não seria o caso de aplicá-lo nos crimes sexuais, levando-se em consideração o artigo 100, “caput” do Código Penal, que diz que *“A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”*.

Desta maneira, deve ser respeitado o artigo 225, “caput” do Código Penal, que diz que a regra para os crimes do Título VI do Código Penal é ação pública condicionada à representação do ofendido.

Vale lembrar que, antes das alterações, a ação penal para tais crimes era de iniciativa privada, e por mais que alguns autores considerem crimes complexos bastam duas condutas, desde que uma delas seja fato criminoso, sempre foi respeitado o artigo modificado.

3.4.3 Aplicabilidade da súmula 608 atualmente

Brevemente, Damásio de Jesus, em sua obra *“Código Penal Anotado”*, diz que a súmula 608 é utilizada, inclusive cita que, por ser anterior à lei 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, 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 dizem que, embora tal súmula tenha sido editada com base no antigo artigo 225 do Código Penal, seria inviável a revogação da mesma, face a 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.

Julio Fabbrini Mirabete afirma que a súmula deve ser aplicada sempre que houver qualquer tipo de lesão, 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 a aplicação da súmula, os autores acima mencionados concordam que tal súmula não foi revogada, devendo ser aplicada, no mínimo, quando houve lesão corporal de natureza grave

Contudo, indo totalmente contra a doutrina majoritária, Guilherme de Souza Nucci diz que quando a vítima for adulta, a ação penal pública, 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, estaríamos 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.

Assim sendo, esta linha de raciocínio é totalmente desprezível e errado, 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.

4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4301

Devido a tantas irregularidades trazidas pela lei 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 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 nos fornecer total segurança, e garantir-nos os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

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.

O grande problema, segundo ele, não foi a modificação da ação penal, mas sim da falta de previsão nos casos em que ocorram lesão corporal ou morte da vítima.

Disse o Procurador Geral da República na ADI 4301:

“Referida condição de procedibilidade da ação penal em tais casos – 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)”.

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.

5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa feita, é possível concluir que o legislador foi falho ao propor as alterações expostas acima, vez que ferem de maneira grave e preceitos fundamentais elencados na constituição pátria, como a dignidade sexual,

dignidade da pessoa humana, princípios da proporcionalidade, da vedação da proteção deficiente por parte do Estado e a própria vida.

Desta forma, entende-se que partes de tal alteração devem ser declaradas pelo Supremo Tribunal Federal como sendo inconstitucionais, de tal forma que não sejam violados os direitos fundamentais supracitados.

Ademais, o acolhimento do pedido do Procurador Geral da República de ser declarada inconstitucional as alterações é forma de garantir segurança jurídica para a sociedade e garantir o total cumprimento das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Código Penal (1940). **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940**.

Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Volume III, Parte Especial, 7ª edição, páginas 556 e 558 - Editora Impetus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, Volume II, Parte Especial, 28ª edição, página 425 – Editora Atlas, 2011.

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

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado, 20ª edição, página 803 – Editora Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, Volume 3, Parte Especial, 20ª edição, página 179 – Editora Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André. Crimes Sexuais, Comentários à Lei nº 12.015/2009, página 25 – Editora Saraiva, 2009.

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