

EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DR. ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, Procurador Regional da República, Professor adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito Penal pela USP, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., apresentar **REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009, tendo em vista a alteração do artigo 225, do Código Penal, consoante os argumentos a seguir deduzidos.

Como é do conhecimento de V. Exa., na data de 10 de agosto de 2009, entrou em vigor a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou diversos dispositivos do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, bem assim da Lei n. 8.072/90, além de revogar a Lei n. 2.252/54.

Em que pese o caráter positivo da referida inovação legislativa, particularmente no que diz respeito a um melhor tratamento dogmático da exploração sexual de crianças e adolescentes em nosso ordenamento jurídico, é forçoso reconhecer a existência de grave equívoco do legislador, consistente na nova redação do art. 225, do Código Penal.

Com efeito, o vetusto artigo 225, do Código Penal, possui, na atualidade, a seguinte redação, *verbis*:

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

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

Dentre as hipóteses tipificadas no Capítulo I, do Título VI, do CP, destaca-se o artigo 213 – crime de estupro –, cuja redação foi igualmente alterada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, *verbis*:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Conforme se verifica, diferentemente da sistemática anterior, as formas qualificadas do delito de estupro passaram a integrar o corpo do artigo 213. Bem por isso, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, tratou de expressamente revogar, dentre outros, o artigo 223, do Código Penal, que cuidava das formas qualificadas de estupro e atentado violento ao pudor.

Ocorre, contudo, que o revogado artigo 223, do Código Penal, se encontrava no Capítulo IV, do Título VI, do CP, sendo certo que a redação anterior do artigo 225, do Código Penal, ao tratar da ação penal nos chamados crimes sexuais, nada dispunha acerca das qualificadoras sob comento.

Em síntese, o estupro qualificado pelos resultados lesão corporal de natureza grave e morte era crime de ação penal pública incondicionada. Na atualidade, passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação.

De forma diversa, a forma básica de estupro era, em regra, de ação penal privada, consoante a primitiva redação do artigo 225, do Código Penal, em que pese a gravidade daquele delito.

Bem por isso – e por outros fundamentos que não vêm ao caso mencionar, para não nos alongarmos em demasia –, o E. Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 608, no seguinte sentido, *verbis*:

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

Desse modo, enquanto que, para a forma básica de estupro, o atual artigo 225 importou em *novatio legis in pejus*, para as formas qualificadas pelos resultados lesão corporal de natureza grave e morte, o novo regime legal importou em *novatio legis in melius*.

Por se tratar de *novatio legis in melius*, a regra retroage em benefício daqueles que estão a responder pelo delito de estupro (e atentado violento ao pudor), perpetrados de forma qualificada – artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido, a lição de Damásio Evangelista de Jesus, *verbis*:

“‘NOVATIO LEGIS IN MELLIUS’: A LEI NOVA MODIFICA O REGIME ANTERIOR, BENEFICIANDO O SUJEITO.

(...)

7º A lei nova inclui condições de procedibilidade não exigidas anteriormente.

É possível que a lei posterior transforme um crime de ação pública em crime de ação privada; que converta um crime de ação penal pública incondicionada em crime de ação penal pública condicionada à requisição ministerial ou representação. Nestes casos, são necessárias distinções:

a) se a ação penal ainda não se iniciou, quando da entrada em vigor da lei nova, não pode ser intentada sem as referidas condições de procedibilidade;

b) se a ação penal já foi intentada pelo órgão do Ministério Público, através de denúncia, e a lei nova exigir a queixa, só pode prosseguir se o ofendido, ou seu representante legal, assumir a posição acusatória;

c) se a ação penal já foi iniciada pelo órgão do Ministério Público, através da denúncia, e a lei nova exigir a representação, o processo só pode prosseguir em face da anuência do ofendido, que deverá ser notificado a fim de manifestar-se, sob pena de ocorrer decadência.”¹

Tratando-se, no particular, de inovação legislativa favorável ao réu, verifica-se que os processos de estupro (e atentando violento ao pudor), qualificados pelo resultado lesões corporais ou morte (antigo artigo 223, do CP), atualmente em tramitação, passaram a depender da “anuência” da vítima ou de seu representante legal, situação que anteriormente não existia.

¹ JESUS, Damásio E. *Direito Penal. Parte Geral*. 1º Vol. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87. (grifou-se);

Como cediço, o direito de representação está regulado no artigo 103, do CP, e deve ser exercitado no prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, sob pena de decadência.

Evidentemente, os processos atualmente em curso apresentam a identificação dos acusados da perpetração de estupro (e atentado violento ao pudor) qualificado. Por esta razão, o referido prazo decadencial passa a fluir não mais da “ciência da autoria”, mas, sim, da entrada em vigência da lei nova, ou seja, do dia 10 de agosto de 2009.

Em suma, caso não sejam adotadas iniciativas processuais no sentido da localização e da apresentação de representações em tempo hábil, por parte das vítimas ou de seus representantes legais, na hipótese de estupro (e atentado violento ao pudor) de cuja violência resultaram lesões corporais de natureza grave ou morte, ***importa concluir que os respectivos acusados da prática de tão grave injusto penal serão beneficiados pelos efeitos da decadência.***

Numa palavra, Senhor Procurador-Geral, na data de 10 (dez) de fevereiro de 2010, ***todos os casos em tramitação no Poder Judiciário restarão atingidos pela causa de extinção da punibilidade prevista no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.***

Ocorre, todavia, que tal disciplina legal afronta flagrantemente a dignidade sexual, parcela relevante da dignidade da pessoa humana, bem jurídico

consagrado pelo Constituinte de 1988, consoante disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, *verbis*:

“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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Com efeito, a Lei n. 12.015, de agosto de 2009, ao alterar a redação do artigo 225, do Código Penal, exigindo a formalização de representação para a propositura de ação penal, beneficiou os acusados da prática de estupro (e atentado violento ao pudor) qualificados pelas lesões graves (*v.g.*, transmissão do vírus da AIDS ou aborto) ou pela morte do(a) ofendido(a).

Ao beneficiar, como já dito, o sujeito ativo do delito, prejudicou, em sentido inverso, o bem jurídico dignidade da pessoa humana, titularizado pelo sujeito passivo do delito sexual, garantido pela Constituição Federal de 1988, exigindo, para os casos em tramitação, condição de procedibilidade antes inexistente, a ser atendida em exíguo prazo legal.

Saliente-se, por oportuno, que a missão primordial das normas de direito penal é, justamente, a de proteger os bens jurídicos fundamentais para o convívio social. Nesse sentido, a lição de Hans-Heinrich Jescheck, *verbis*:

*“El Derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos. En todas las normas jurídicopenales subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales que son indispensables para la convivencia humana en la comunidad y deben ser protegidos, consecuentemente, por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública.”*²

Esta missão das normas de direito penal ainda se faz presente, por óbvio, nos casos em que bens jurídicos já se encontram ameaçados ou lesionados, como, *v.g.*, nos casos de processos deflagrados contra imputados autores de delitos de estupro (e atentado violento ao pudor) qualificados pelas lesões graves ou morte da vítima.

Nesse sentido, leciona Jescheck, *verbis*:

“El castigo con pena de una infracción ya producida, siguiendo el principio de la justicia distributiva, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde, puesto que la pena mira hacia el pasado y no puede hacer desaparecer el injusto cometido. Pese a ello, la función represiva del Derecho penal no es, por ejemplo, la expresión de un esfuerzo para realizar mediante la Justicia penal terrena un ideal ético absoluto, sino que constituye un medio necesario para conseguir de forma justa la protección de la Sociedad. En la imposición de la pena adecuada a la infracción jurídica cometida se halla la constatación visible de ser inquebrantable ese orden jurídico de cuya existencia depende en último lugar el orden social. La sentencia judicial expresa inequívocamente, tanto para el autor como para la colectividad, que el Derecho se impone, aunque a veces sea con retraso, y que por ello cabe contar con que lo mismo sucederá en el futuro.”³

Por outro lado, é certo que o E. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer, na via concentrada, a inconstitucionalidade de dispositivo legal que desprotegia o bem jurídico sob consideração.

Com efeito, no Recurso Extraordinário n. 418.376-MS, interposto por réu condenado pelo delito de estupro contra menor absolutamente incapaz,

² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed. Trad. José Luis Mananares Samaniego. Granada: Comares, p. 6.

no qual se pugnava a extinção da punibilidade em razão do casamento do autor com a vítima, o STF, por maioria, em sua composição plenária, conheceu e negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso, figurando o Ministro Joaquim Barbosa como relator para o acórdão, *verbis*:

EMENTA: PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.

O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

Destaca-se, do teor do voto do Ministro Gilmar Mendes, importantes considerações acerca do chamado princípio da proteção deficiente, princípio este igualmente vulnerado pela atual redação do artigo 225, do Código Penal. *verbis*:

“(...) De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

‘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-social, como ocorre quando o Estado 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."(Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180)

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

‘A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), 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."(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

‘A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de

proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)."(Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.).”⁴

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Representante seja proposta, em caráter de urgência – tendo em vista que o prazo decadencial supracitado já se encontra em curso, podendo beneficiar centenas de criminosos sexuais –, perante o E. Supremo Tribunal Federal, uma **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, diante da nova redação do artigo 225, do Código Penal.

Pede deferimento.

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

⁴ RE 418.376-MS. *Apud* pelo Procurador Regional da República Douglas FISCHER, em Parecer Complementar apresentado ao PGR na ADI 3.002.