



UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS

LETÍCIA RIBEIRO DE VASCONCELOS

**O MODELO IDEAL PARA AÇÕES PENAIS QUE ENVOLVEM O
CRIME DE ESTUPRO.**

LAVRAS

2022

LETÍCIA RIBEIRO DE VASCONCELOS

**O MODELO IDEAL PARA AÇÕES PENAIS QUE ENVOLVEM O
CRIME DE ESTUPRO.**

Trabalho apresentado a Universidade Federal de
Lavras como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo A. de Araújo Teixeira

LAVRAS

2022

VASCONCELOS. Letícia Ribeiro

O MODELO IDEAL PARA AÇÕES PENAIS QUE ENVOLVEM O CRIME DE ESTUPRO.-2022

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2022

Orientador (a): Prof.Ricardo A. de Araújo Teixeira

1. Estupro 2. Ação Penal. 3. Vítima. I. Título. II. Orientador:
Teixeira, Ricardo. III. Universidade Federal de Lavras

UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

LETÍCIA RIBEIRO DE VASCONCELOS

**O MODELO IDEAL PARA AÇÕES PENAIS QUE ENVOLVEM O
CRIME DE ESTUPRO.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito, pela Universidade Federal
de Lavras

Aprovado em: _____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

Dr. Ricardo A. de Araújo Teixeira
Orientador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Esta fase da minha vida é muito especial e não posso deixar de agradecer a Deus por toda força, ânimo e coragem que me ofereceu para ter alcançado minha meta. Agradeço a minha mãe que acreditou no meu sonho e lutou comigo durante todo este processo longo e desgastante em busca da sonhada formatura. Agradeço a minha avó que sempre me auxiliou nos estudos e ao meu avô que sempre me incentivou a correr atrás dos meus sonhos. Agradeço ao André que sempre disponibilizou a ler os meus trabalhos e me auxiliar em tudo que eu precisasse. Agradeço a Michelle por estar sempre presente em todas as minhas conquistas. À UFLA quero deixar uma palavra de gratidão por ter me recebido de braços abertos e com todas as condições que me proporcionaram dias de aprendizagem muito ricos. Ao meu orientador por ter aceitado o meu convite, em um momento de desespero e ter me ajudado durante o processo. Ao William que sempre me acalmou durante os momentos de desespero. Agradeço aos meus amigos e familiares que sempre estiveram presentes durante este processo. Sem o apoio de todos vocês e a força que Deus me ofereceu eu hoje não estaria aqui celebrando esta conquista. A cada um eu agradeço de coração!

“Temos direito a reivindicar a igualdade quando a desigualdade nos inferioriza; temos direito a reivindicar a diferença quando a igualdade nos descaracteriza”.

(Boaventura de Sousa Santos)

RESUMO

O presente trabalho analisou a sistemática processual no que tange os crimes tipificados pelo artigo 213 do Código Penal, comparando cada modelo de ação penal na busca pelo modelo ideal de persecução penal para julgar estes tipos de crime. Sendo assim, os objetivos deste estudo foram: demonstrar historicamente cada tipo de ação penal, identificando quais as razões jurídicas para as diferentes iniciativas processuais (pública incondicionada, pública condicionada, privada); Comparar o artigo 225, do Código Penal de 1940, a Lei nº 12.015/2009 e a Lei nº 13718/18; Apontar os benefícios e malefícios de cada modelo de ação penal; Discutir os problemas de cada modelo de ação, nos crimes de estupro que são tipificados no artigo 213 do Código Penal Brasileiro e levantar os elementos em vitimologia que digam respeito ao problema da pesquisa; Por fim, para alcançar os objetivos supracitados foi realizada uma análise metodológica do tipo jurídico-comparativa, na qual, constatou que a ação penal pública condicionada é a melhor opção para processar os crimes de estupro de pessoas capazes.

Palavras-chave: Estupro. Vitimologia. Princípios. Ação Penal

ABSTRACT

This study analyzed the procedural systematic regarding the typified crimes by article 213 of the Penal Code, comparing each model of criminal action in the search for the ideal model of criminal prosecution to judge these types of crime. Thus, the objectives of the present study were: historically demonstrate each type of criminal action, identifying the legal reasons for the different procedural initiatives (unconditional public, conditioned public, private); Compare article 225 of the Penal Code of 1940, Law nº 12.015/2009 and Law nº 13718/18. Aim the benefits and harms of each model of criminal action; Discuss the problems of each model of action, in the rape crimes that are typified in article 213 of the Brazilian Penal Code and to raise the elements in victimology that relate to the research problem; and raise the elements in victimology that relate to the research problem; Finally, to achieve the aforementioned objectives, a methodological analysis of the legal-comparative type was carried out, in which it was found that conditioned public criminal action is the best option to prosecute the rape crimes of capable people.

Keywords: Rape. Victimology. Principles. Criminal Action

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	AS REFORMAS LEGISLATIVAS RELATIVAS AO CRIME DE ESTUPRO	12
3	MALEFÍCIOS E BENEFÍCIOS DE CADA MODELO DE PERSECUÇÃO PENAL	21
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, devido ao surgimento de algumas questões polêmicas que versam sobre os crimes de estupro, tornou-se notório que, após inúmeras reformas, a legislação ainda não é compatível com a realidade do país e com as necessidades das vítimas, visto que, a referente lei a respeito desse tema, qual seja, o Código Penal Brasileiro, foi alterada no ano de 2018, para supostamente atender os “melhores interesses da sociedade”. Dessa maneira, esta pesquisa foi proposta com base no desenvolvimento jurídico das diretrizes constitucionais referentes ao processo de persecução penal nos crimes de estupro. Tendo como foco a possibilidade de revitimização da pessoa atingida por este tipo de crime, foi executada uma análise sistemática que consistiu na comparação entre as últimas normas promulgadas sobre o assunto. Este estudo usa como referência a legislação brasileira e uma análise histórica das modalidades de ações penais que regem este tipo de crime, em especial no tocante às mudanças legislativas que sintetizam os princípios constitucionais relacionados ao processo.

Em consonância, o objetivo desse trabalho é discorrer sobre os malefícios e benefícios de cada modelo de ação penal, nos crimes de estupro que é tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro e levantar os elementos em vitimologia que digam respeito ao problema da pesquisa. Nesse sentido, para a execução dessa análise, inicia-se uma abordagem histórica onde é trabalhado o tratamento destinado a este crime nas diferentes épocas, sua evolução ao longo dos anos, as repercussões provocadas no meio social devido a estas modificações. Após essa análise é executada uma comparação entre as leis Nº 13.718 e a Constituição Federal que concluem que, mesmo após o desenvolvimento de novas regras legais, inúmeras inconsistências permanecem no processo penal, o que denota incoerência entre a realidade do tratamento destinado a vítima e os princípios e direitos garantidos pela Constituição de 1988.

Para obter êxito com essa pesquisa e alcançar os objetivos supracitados foram utilizados dois métodos, análise metodológica do tipo jurídico-comparativa, (já que se pretendeu realizar a análise comparativa entre três normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o Código Penal e suas duas leis modificadoras, a Lei nº 13718/18 e a Lei nº 12.015/2009), e a revisão bibliográfica.

A partir dos argumentos iniciais supracitados entende-se importante esta pesquisa, uma vez que esta busca proporciona fundamentos teóricos essenciais para a compreensão da legislação, levando pesquisadores e profissionais da área a uma reflexão que possa contribuir para um processo mais justo, igualitário e democrático. De acordo com um levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mais de 100 mil meninas e mulheres sofreram violência sexual entre março de 2020 e dezembro de 2021. Segundo este estudo, o Brasil registrou um estupro a cada 10 minutos. Por sua vez, foram registrados 56.098 boletins de ocorrência de estupros, incluindo vulneráveis, apenas do gênero feminino. Sendo assim, é evidente a importância de estudar questões que envolvem este tipo de delito, visando assegurar direitos fundamentais às pessoas que tiveram sua dignidade sexual violada.

Entende-se aqui que não se pode revitimizar alguém, pelo simples fato de a regulamentação acerca do procedimento penal estar em desacordo com os princípios do ordenamento jurídico. Sendo assim, essa pesquisa possui um viés social acoplado ao estudo jurídico, ou seja, analisa as consequências sociais advindas de medidas legislativas, discutindo sobre o fato de que a legislação impõe a participação da vítima em um processo que poderá ter consequências negativas para ela.

2- AS REFORMAS LEGISLATIVAS RELATIVAS AO CRIME DE ESTUPRO.

O Código Penal Brasileiro foi criado pelo decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Em sua redação original, o crime de estupro era tipificado pelo artigo 213 como “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou graveameaça”¹ e este crime era de ação penal privada. Ou seja, o titular da ação penal era a vítima ou seu representante legal, conforme disciplinava o artigo 225, do Código Penal de 1940 “Nos crimes definidos no capítulo anterior, somente se procede mediante queixa”². Desta forma, o crime era restrito à vontade da vítima e de sua família. Contudo, as mulheres que não possuíam a possibilidade de pagar para processar seu agressor, não possuíam o apoio do Estado, na forma do Ministério Público para iniciar a ação penal.

A modalidade a ação penal escolhida para proceder o crime de estupro entre o ano de 1940 e 2009 é compatível com a realidade social da época, visto que, os princípios norteadores deste tipo de ação penal, que são: oportunidade, indivisibilidade, disponibilidade e intranscendência. Ou seja, neste tipo de ação penal o indivíduo pode desistir da ação penal, pode perdoar o autor e não é obrigado a iniciara ação penal, como disserta Rodrigues

Basicamente significa que o ofendido ou seu representante legal não são obrigados a propor a ação penal contra o autor do delito; exercerão o direito se quiserem conforme a conveniência social ou a oportunidade política da medida. Uma vez proposta a ação penal, em face desses princípios, dela poderão desistir, bem como de eventual recurso interposto. Apenas para efeito de comparação é o oposto do que ocorre com a ação penal pública. O ofendido ou seu representante legal se despojam da ação penal mediante certos atos, que constituem causas extintivas da punibilidade, a saber: a decadência e a renúncia– ambos antes do exercício da ação – e a perempção, a desistência eo perdão, estas últimas depois de seu exercício.³

De acordo com o princípio da oportunidade permite que o querelante escolha se deseja ou não oferecer queixa em face do autor, em virtude das especificidades do bem jurídico tutelado, conforme expõe Tereza Nascimento Rocha Dóro: “significa que o titular da ação penal (o ofendido ou seu

¹ Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

² Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

³ RODRIGUES, Renato Ribeiro. Os princípios que regem a Ação Penal. [s. l.], 2015. Disponível em: <https://renato07.jusbrasil.com.br/artigos/245040816/os-principios-que-regem-a-acao-peal#:~:text=Basicamente%20significa%20que%20o%20ofendido,a%20oportunidade%20pol%C3%A9tica%20da%20medida>. Acesso em: 30 abr. 2022.

representante legal) promovê-la-á se quiser, porque o Estado transferiu ao particular o direito de acusar, em razão da fragilidade do bem atingido”⁴. Por sua vez, o princípio da indivisibilidade é garantido pelo artigo 15 do Código de Processo Penal que “(...) a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”⁵. Ou seja, caso a vítima inicie o processo penal, é necessário oferecer queixa contra todos os autores do fato, sob pena de extinção de punibilidade. Por outro lado, o princípio da disponibilidade manifesta-se pela possibilidade de renúncia ao direito de queixa, ou seja, o ofendido pode desistir ou abandonar a ação penal privada até o trânsito em julgado da sentença condenatória, por meio do perdão ou da perempção, conforme disposto nos artigos 51 e 60 do Código de Processo Penal.

Sendo assim, o ordenamento jurídico visava evitar o *strepitus iudicii*, ou seja, evitar o que ficou conhecido como o escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal. Pois, a virgindade e o sexo, somente, após o casamento e com o marido possuíam relevante valor social. Desta forma, acreditava-se que uma ação penal envolvendo o crime de estupro poderia trazer danos morais, sociais e psicológicos, em virtude da repercussão negativa do conhecimento generalizado do fato ocorrido.

Contudo, o acesso à Justiça ficava restrito aquelas mulheres que possuíam o apoio da família, visto que a maioria das mulheres não possuíam independência financeira e a ação penal privada requer a contratação de um advogado, profissional detentor de capacidade postulatória para iniciar o processo penal. Ademais, apenas as mulheres que estavam em classes sociais mais elevadas ou aquelas que estavam em situação de extrema pobreza podiam iniciar o processo, pois a comprovação de que a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família tornava a ação penal pública condicionada à representação. Conforme, dissertou CUNHA (2013, p. 136)

Antes da Lei n. 12.015/2009, a ação penal, via de regra, nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o caput do art. 225. Havia quatro exceções: a) procedia-se mediante ação pú-

⁴DORÓ, Tereza Nascimento Rocha Dóro. Princípios no Processo Penal Brasileiro, Campinas – SP: Copola, 1999.

⁵BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 abril. 2022.

blica condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; b) procedia-se mediante ação penal pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte; d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o crime de estupro fosse praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).⁶

Além das questões supracitadas, na ação penal privada a vítima possuía o prazo de 6 meses para propor a ação penal, em virtude do instituto da decadência, como ensina Cezar Roberto Bitencourt:

“Decadência é a perda do direito de ação a ser exercido pelo ofendido, em razão do decurso de tempo. A decadência pode atingir tanto a ação de exclusiva iniciativa privada como também a pública condicionada à representação. Constitui uma limitação temporal ao ius persecuendi que não pode eternizar-se”. (2018, p. 702/703).⁷

Ademais, o bem jurídico tutelado era os costumes, por este motivo, o casamento entre o autor do crime e a vítima era causa de extinção da punibilidade, pois o matrimônio iria diminuir os danos causados à imagem social da vítima, como também da própria família. Conforme disciplinava, o artigo 107, inciso VII do Código Penal de 1940: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;”⁸. Este dispositivo só foi revogado em 2005 com o advento da Lei 11.106/05 visando adequar a lei aos padrões morais da época.

Contudo, o STF acreditava que o crime de estupro não estava relacionado apenas às partes envolvidas no ato e possuía repercussão social. Nesse sentido, ele se posicionou, no HC nº 81.360/RJ de 2001, afirmando que os crimes de estupro eram um problema de saúde pública, visto que, eram ações consideradas uma aberração e um desrespeito à dignidade humana. Desta forma, ele merecia um tratamento especial que foi disciplinado pela súmula 608, em 1984: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”⁹.

Visando retirar o caráter íntimo e privado dos crimes que violem a

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

⁸ Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

dignidade sexual e torna-lo uma questão de ordem pública, a Lei nº 12.015 de 2009, tornou a ação penal que julga os crimes de estupro, de ação penal pública condicionada a representação. Sendo assim, a titularidade da ação é do Ministério Público, mas para o prosseguimento do processo é necessário a concordância da vítima. Todavia, o ofendido tem que representar em até 6 (seis) meses da ciência da autoria, sob pena de decadência. Como demonstra a exposição de motivos da legislação supracitada:

No Capítulo IV, que trata das "Disposições Gerais", somente pequenas alterações foram feitas, buscando atualização na redação e maior explicitação quanto ao alcance pretendido, à exceção do art. 225, que trata da ação penal, agora prevista como pública em qualquer circunstância. Trata-se de reivindicação de todos que enfrentam a problemática. Sem dúvida, a eficácia na proteção da liberdade sexual da pessoa e, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente são questões de interesse público, de ordem pública, não podendo em hipótese alguma ser dependente de ação penal privada e passível das correlatas possibilidades de renúncia e de perdão do ofendido ou ofendida ou ainda de quem tem qualidade para representá-los.¹⁰

A Lei nº 12.015 de 2009 buscou tornar a lei compatível com a sociedade brasileira da época, visto que, havia ocorrido uma evolução social e as mulheres, principais vítimas de estupro, haviam alcançado mais representatividade e autonomia, conforme a exposição de motivos da lei que alterou a persecução penal dos crimes contra dignidade sexual em 2009:

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes, resultando, nesse caso, no descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".¹¹

⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 608. DJ de 29/10/1984. Referência Legislativa: Código Penal de 1940, art. 102, "caput"; art. 103; art. 108, IX; art. 213; art. 223, "caput"; art. 225. Lei 6416/1977. Disponível em: . Acesso em 13 de fevereiro 2022

¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Exposição de Motivos Lei 12.015. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto2009-590268-exposicaodemotivos-149280.html#:~:text=O%20projeto%20proposto%20considera%20como,internacional%20ou%20interno%20de%20pessoas>. Acesso em: 01 abril. 2022

¹¹ BRASIL. Senado Federal. **Exposição de Motivos Lei 12.015**. Altera o Título VI da Parte Especial

Todavia, a súmula supracitada continuou tendo validade mesmo, após a Lei 12.015/2009, mesmo sendo alvo de críticas por parte da doutrina. Sendo assim, o HC 125.360/RJ, de 2017, demonstra que o Judiciário brasileiro continuou aplicando a Súmula 608, pois ele defendeu que a ação regida pelo processo era a ação pública incondicionada em seu acórdão: “Mesmo após o advento da Lei 12.015/2009. Com efeito, rejeitou a alegação da decadência ao fundamento de que a ação penal é pública incondicionada”¹². Este HC está em concordância com a Ação Direta de Inconstitucionalidade que defendeu que o desuso desta súmula iria contra o princípio da proibição da proteção deficiente por parte do Estado, como pode ser notada na seguinte explanação:

Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grande retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulta lesão corporal grave ou morte, visto que, a persecução penal nesses casos, antes incondicionada, passou a depender de representação da vítima ou de seus representantes legais.¹³

Outra mudança inserida pela Lei 12.015/2009 foi o bem jurídico tutelado, uma vez que, o título VI do Código Penal era “Dos crimes contra os costumes” e alterou-se o Título VI da Parte Especial do Código Penal como dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual, conforme a justificativa desta legislação:

A primeira alteração proposta é sobre a nomenclatura do capítulo do Código Penal em tela que, de modo significativo, intitula-se dos Crimes Contra os Costumes. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como dos Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual.¹⁴

do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto2009-590268xposicaoodemotivos49280.html#:~:text=O%20projeto%20proposto%20considera%20como,internacional%20ou%20interno%20de%20pessoas>. Acesso em: 07 abril. 2022

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103.527** Rio De Janeiro. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143643/habeas-corpus-hc-125360-rj-rio-de-janeiro-0000370-0220141000000/inteiro-teor-768143651> Acesso em 12 de janeiro de 2021

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 125.360** Rio De Janeiro. 2013 (c). Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14603591> >. Acesso em 14 de fevereiro de 2022

¹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Exposição de Motivos Lei 12.015**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da

Sendo assim, o bem jurídico tutelado era as condutas consideradas anormais que infringiram a moral média da sociedade. Logo, eram protegidas as condutas sexuais disciplinadas e respeitadas pela sociedade, desrespeitando a liberdade e a dignidade sexual das vítimas, a partir de uma concepção individual. Porém, ao realizar esta substituição passou a proteger o direito da vítima em escolher os seus parceiros sexuais e sua integridade física, como explana Carvalho e Chagas (2012, p 6-7)

[...] dignidade sexual, no sentido da norma, abarca, de acordo com a concepção aqui desenvolvida, duas importantes vertentes, abrangendo tanto a integridade sexual, entendida como intangibilidade corporal ou o direito do ser humano a preservar o seu corpo contra agressões externas com fim libidinoso (inviolabilidade carnal), bem como a liberdade sexual, que nada mais é do que o direito de toda pessoa de escolher como, quando e com quem deseja manter atividade sexual, e quando prefere abster-se da mesma, preservando sua integridade sexual. Liberdade sexual, portanto, é o direito que possui cada ser humano de dispor livremente de sua integridade sexual, de acordo com suas próprias convicções (direito de autodeterminação sexual ou autonomia sexual), tanto em sua vertente positiva (escolha de parceiros sem limitação, ressalvada a liberdade sexual alheia), como negativa (direito ao não envolvimento em atividade de conteúdo sexual e direito de repelir as agressões sexuais de terceiros)¹⁵

Além disso, na redação original do Código Penal os sujeitos passivos e ativos tinham características definidas em lei, na qual, a vítima precisava ser mulher e o sujeito ativo precisava ser homem, – sendo assim, um crime próprio, como relata Álvaro Mayrink da Costa (2001, p. 1420):

O sujeito ativo é sempre o homem, que tem por finalidade a conjunção carnal, compreendida como o coito normal, que se consuma com a penetração do pênis no órgão sexual feminino. A mulher pode ser coautora, partícipe ou cúmplice, jamais autora. Admite-se a co-autoria por omissão quando o ilícito é praticado na presença da mãe da ofendida, diante da real e efetiva participação, pela inércia absoluta, constituindo violação do dever de proteção com a filha (omissão penalmente relevante). [...] A cópula deve ser entendida como resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos. Cuida-se de crime próprio, pois só o homem pode ser sujeito ativo, não se admitindo a possibilidade excepcional da mulher figurar no polo ativo¹⁶

No entanto, a legislação de 2009 sobre o tema retirou qualificações das

Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1o de julho de 1954, que trata de corrupção de Menores. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto2009-590268-exposicaodemotivos-149280_ml#:~:text=O%20projeto%20proposto%20considera%como, internacional%20ou%20interno%20de%20pessoas](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto2009-590268-exposicaodemotivos-149280_ml#:~:text=O%20projeto%20proposto%20considera%como, internacional%20ou%20interno%20de%20pessoas. Acesso em: 11 abril. 2022). Acesso em: 11 abril. 2022

¹⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. **Proteção da Dignidade Sexual ou Paternalismo Jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Último acesso em: 10 jan. 2022

vítimas e dos autores para que se caracterize. Ou seja, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo e sujeito passivo do crime tipificado pelo artigo 213 do Código Penal Brasileiro, assim como explica Bitencourt (2018, p.51)

A partir da Lei n. 12.015/2009 simplificou-se essa questão, e o crime de estupro passou a ser um crime comum, podendo ser praticado ousofrido, indistintamente, por homem ou mulher. Sempre defendemos, por outro lado, que o marido também podia ser sujeito ativo de estupro contra a própria mulher (parceira). Nessa linha, evidentemente, a mulher, a partir de agora, também pode ser autora do crime de estupro, inclusive contra o próprio marido (quando obrigá-lo, por exemplo, à prática de atos de libidinagem contra a vontade daquele). Em outros termos, os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art. 5º, I, da CF), inclusive no plano das relações sexuais matrimoniais. Coautoria e participação em sentido estrito são perfeitamente possíveis, inclusive entre homens e mulheres, na medida em que podem funcionar em qualquer dos polos (ativo ou passivo). Amplia-se, naturalmente, o alcance do concurso eventual de pessoas¹⁷

Por sua vez, em 2015, houve um projeto de lei, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin do PCdoB, visando um aumento de pena para o crime de estupro cometido em concurso de duas ou mais pessoas. Contudo, este projeto tramitou até 2018 e trouxe significativas mudanças para o Código Penal Brasileiro, pois, a Lei 13.718/2018 inseriu novos delitos, modificou outros e transformou a ação penal pública condicionada em ação penal pública incondicionada. É importante salientar, que esta lei foi uma resposta a uma cobrança da sociedade em virtude de uma intensa atividade de uma mídia sensacionalista e da atuação de diversos movimentos feministas, gerou argumentos para a mudança da legislação, fazendo com que o senso comum obtivesse forças superiores a análise crítica das consequências trazidas por esta legislação. Desta forma, a divulgação midiática tem participação na alteração da lei, tendo em vista a Teoria do Etiquetamento, demonstra que a interpretação de condutas delituosas pelo sistema penal está relacionado a reação social, que pode sofrer influência midiática, frente a um comportamento em um contexto social, como defende Sérgio Salomão Shecaira:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contrária pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com

¹⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte especial**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial** (arts. 213 a 311-A). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.”¹⁸

Assim como relatou Maíra Maior Kerstenetzky (2019) “[...]divulgação de notícias exageradas na mídia desperta nas pessoas um encanto punitivista e, conseqüentemente, uma busca indomável por uma resposta repressiva do Direito Penal”.¹⁹ Neste sentido, a partir do parecer da deputada federal Laura Carneiro (DEM/RJ), da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, torna-se evidente que a mudança legislativa está relacionada aos argumentos supracitados, assim como demonstra o seu relato:

Um grande percentual das mulheres vítimas de violência deixam de denunciar seus agressores, o que impede sejam tais crimes adequadamente prevenidos e reprimidos, assim aumentando a sensação de impunidade que grassa entre nós. Nem mesmo a classificação do estupro como crime hediondo é capaz de impedir ou minimizar o cometimento dessa modalidade de crime. Temos consciência da necessidade de mudança de comportamentos e atitudes entre nós. Não obstante, o legislador deve desempenhar seu papel, agindo de modo a implementar medidas legislativas capazes de reduzir os altíssimos índices de violência contra mulheres e meninas que tanto entristece e diminui o Brasil (BRASIL, 2016 a, p. 05).²⁰

Por conseguinte, acreditava-se que a necessidade de representação da ofendida, privilegiava a impunidade do agressor. Contudo, a instauração de um processo penal não é garantia da erradicação da impunidade. Pois, aumentar o punitivismo no processo penal não significa aumentar a sua eficácia, assim como revela Shecaira:

"A existência maior ou menor de comunicação dos delitos depende da percepção social da eficiência do sistema policial; da seriedade ou do montante envolvido no crime; do crime implicar ou não uma situação socialmente vexatória para a vítima (estupro, 'conto do vigário' etc.); do grau de relacionamento da vítima com o agressor; da coisa furtada estar ou não assegurada contra furto; da experiência pretérita da vítima com a polícia etc". (SHECAIRA, 2004, p.54).²¹

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁹ KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito Penal Simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático**. Disponível em: . Acesso em: 06 jan.2022

²⁰ BRASIL. **PROJETO DE LEI nº 5452, de 1 de junho de 2016**. Acrescenta os arts. 218-C e 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. [S. l.], 1 jun. 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1591249&filenam e=Tramitacao-. Acesso em: 6 jan. 2022

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Logo, distanciar a vítima do processo penal não soluciona o problema e sim gera outros dilemas como relata Gomes e García:

"A alienação da vítima faz com que sejam falsas todas as estatísticas oficiais e impede uma estimativa quantitativa realista de criminalidade efetiva. O resultado último não pode ser outro que não a fatal confirmação ou reforço das atitudes de desconfiança e pessimismo da vítima a respeito da efetividade do sistema, sensação de impotência" (GOMES; GARCÍA, 2002, p.115).²²

Sendo assim, a mudança da ação penal pública condicionada para ação penal pública incondicionada solucionou o problema da extinção da punibilidade pela falta de representação no período de seis meses, mas passou a tratar a vítima como objeto do processo penal em que a sua vontade não é respeitada e ela passa a ser considerada como, apenas, um meio de provas.

²² GOMES, Luiz Flávio e GARCÍA, Pablos de Molina, Antonio. **Criminologia**, 4ª. ed. rev, at. e amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

3- MALEFÍCIOS E BENEFÍCIOS DE CADA MODELO DE PERSECUÇÃO PENAL

A ação penal privada é norteada pelo princípio da oportunidade ou conveniência. Sendo assim, o ofendido ou seu representante legal possuem a faculdade de iniciar ou não um processo penal, visto que, ele é o titular do direito e o único que possui legitimidade para iniciar o processo. Ou seja, a vítima ou seu representante legal analisam o seu contexto fático e a partir da ponderação sobre as consequências que serão geradas pelo processo penal, decide iniciar ou não um processo penal, assegurando a autonomia da vítima.

De acordo com a teoria de Benjamin Mendelsohn algumas vítimas são responsabilizadas pelos delitos que elas sofrem, sendo estas classificadas como “vítima tão culpada quanto o delinquente”. Em virtude desta responsabilização, a vítima passa a sofrer algumas punições em virtude do estupro que ela sofreu, sendo estas punições a vitimização secundária e vitimização terciária.

Neste contexto, o processo penal é moroso e desgastante para as partes envolvidas nele. Uma vez que, a vítima precisa reviver este fato traumático por um longo lapso temporal e muitas vítimas, durante o processo criminal são obrigadas a responder perguntas vexatórias, discriminatórias, preconceituosas, humilhantes ou com finalidade puramente ofensiva, assim como o emprego de estereótipos. Um exemplo deste cenário foi a audiência de instrução e julgamento que ocorreu em julho de 2020, que analisou o caso de André de Camargo Aranha, acusado pelas autoridades de estuprar Mariana Borges Ferrer, em 2018, no Café de la Musique de Florianópolis, em Santa Catarina, na qual, Mariana foi humilhada durante a audiência e precisou pedir para que fosse respeitada.

Ademais, o processo penal pode gerar o *strepitus iudicci*, ou seja, o que ficou conhecido como o escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal, ocasionando a vitimização terciária, conforme explica Carvalho e Lobato:

A vitimização terciária, como visto, é aquela que ocorre no meio social em que vive a vítima. É a vitimização causada pela família, grupo de amigos, no seio de seu trabalho etc. A comunidade em que a vítima vive a vitimiza. Após a divulgação do crime, sobretudo aqueles contra os costumes, muitos se afastam, os comentários são variados e os olhares atravessados para a vítima, o que a fazem se sentir cada vez mais humilhada e, não raras vezes, até culpada do delito. Quando se tratam de vítimas crianças e adolescentes na escola, por exemplo, muitos são solidários; mas outros, até mesmo pela curiosidade, fazem perguntas demais, brincam com o fato, e mais constrangimentos impõem às vítimas. No ambiente de trabalho, o mesmo acontece. Entretanto, talvez a pior vitimização seja imposta pela família. Quando a família, alicerce da sociedade (art. 226 da CF) impõe à vítima mais sofrimento em

decorrência do crime é que os efeitos são deletérios ao extremo. Muitos parentes rejeitam as vítimas, fazem comentários impertinentes. Pais tratam as vítimas como eternos coitados sem dar força aos mesmos para se erguerem e superarem a derrota imposta pelo agressor. (CARVALHO; LOBATO, 2008, s.p).²³

Sendo assim, a vitimização terciária que é aquela gerada no meio social, normalmente em decorrência da estigmatização trazida pelo tipo de crime, na qual, esta estigmatização gera consequências negativas na interação social do indivíduo, conforme Erving Goffman: “a situação do indivíduo que está inabilitado para aceitação social plena”²⁴ (GOFFMAN, 2004). Sendo assim, ao expor para a sociedade que foi vítima de estupro, a pessoa pode ter empecilhos para a aceitação social plena, visto que, há um preconceito com ela, em virtude da sua culpabilização, em que parte da sociedade sexualiza a vítima, conforme COSTALONGA:

Geralmente, as vítimas de violência sexual são mulheres provocadoras inconscientes, porque se encontram num estado psíquico e comportamental convidativo, devido a fatores, internos e externos, que elas próprias ignoram, onde refletem um comportamento vulgar, sensual, provocador e manipulador, chamando todas as atenções para si, essas vítimas acabam tendo alguma inevitável participação na execução do crime. (COSTALONGA, 2014, p.7)²⁵

De acordo com um estudo realizado pelo Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2013²⁶ acerca da “Tolerância social à violência contra as mulheres”, demonstrou que 26% das pessoas entrevistadas concordam totalmente ou parcialmente com a afirmação de que “mulheres que usam roupa que mostram o corpo merecem ser atacadas”, enquanto 58,5% dos entrevistados concordam que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupro”. Ou seja, uma parte da sociedade brasileira culpa a vítima pelos crimes de estupro, uma vez que, 85,7% eram do sexo feminino. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA

²³ CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. **Vitimização e processo penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1937, 20 out. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11854>>. Acesso em: 6 abril. 2022

²⁴ GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. LTC, 1981.

²⁵ COSTALONGA, Wesley. **Vitimologia e os crimes sexuais: Uma abordagem criminológica das vítimas provocadoras**. Disponível em <<https://wesleycostalonga.jusbrasil.com.br/artigos/114665335/vitimologia-e-os-crimes-sexuais>>. Acesso em 09 de julho de 2016.

²⁶ CAMARANO, Ana Amélia; MACHADO, Laura. “**Tolerância social à violência contra as mulheres**” Textos para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n. 1200, PASINATO, Maria Tereza p.1-36, jul. 2013

PÚBLICA, 2020)²⁷, fazendo com que esta pessoa que foi estuprada passe por um processo de revitimização.

Em virtude dessas consequências negativas que a exposição da violência sexual poderá acarretar a vítima, é importante que esta tenha a sua autônoma garantida para que ela escolha se ela deseja enfrentar estes desafios.

Todavia, a autonomia da vítima limita o Jus Puniendi, visto que, este poder/dever de punir do Estado fica limitado à vontade da vítima, oferecendo a esta maior satisfação e um protagonismo no processo penal, retirando dela o papel de meio de provas, fomentando assim o acesso à Justiça da população, por meio de uma aplicação eficaz do Direito, conforme Carlos Alberto Elbert “a fim de que o Direito atenda realmente a seus interesses e razões, por se tratar frequentemente de titulares exclusivos do bem jurídico agredido.”²⁸

Ademais, quando a autonomia da vítima é preservada, o direito protege o direito ao esquecimento, visto que, ela escolhe não expor fatos traumáticos para o judiciário, conseqüentemente a sociedade.

Caso a vítima ou seu representante legal não deseje exercer seu direito de ação e permanecer inerte ocorre à decadência. De acordo com o artigo 38 do Código de Processo Penal e o artigo 104, IV, Código Penal, a decadência opera-se quando transcorre o prazo de seis meses, contado do conhecimento da autoria da infração e a vítima não exerce a ação privada. Contudo, este instituto é incompatível com as variantes que envolvem o crime tipificado pelo artigo 213 do Código Penal, visto que, os traumas psicológicos gerados pela violação sofrida fazem com que muitas vítimas não possuem condições psicológicas e físicas de iniciar a ação no prazo supracitado, sendo que dados do Sinan (Sistema de Informação de Agravos de Notificação)²⁹ demonstram que em 23,3% das vezes, as vítimas são diagnosticadas com estresse pós-traumático, 7,1% dos registros de estupro culminam em gravidez indesejada e o risco de a vítima contrair uma doença sexualmente transmissível (DST) é de 16 a 58%.

²⁷ In: **FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA**. Anuário **Brasileiro de Segurança Pública: 2020**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em <<https://forumseguranca.org.br/>> Acesso em 19 de set 2021

²⁸ Elbert, Carlos Alberto. **Criminologia latino-americana**. Data. 1996. Disponível em <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1996;000199189>> Acesso em 25 de jan. 2022

²⁹ _____; **SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO- SINAN**. Estupro - Saúde pública. Disponível em < https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_informacao_agravos_notificacao_sinan.pdf> Acesso em 09 de maio de 2022

Além disso, a cultura do estupro está muito presente na sociedade brasileira, fazendo com que algumas vítimas tenham dificuldade de constatar que foram estupradas, sendo necessário que estas vítimas precisem passar por um processo de conscientização para conseguirem denunciar seus estupradores. Conforme explanou a advogada Maíra Fernandes: “Na cultura de estupro, a mulher é colocada como coisa. Os homens podem fazer o que quiserem com o corpo dela. O problema está nas propagandas de TV, no descrédito à palavra das mulheres quando são vítimas de abusos, no machismo que não conseguimos vencer”³⁰. Desta forma, a cultura do estupro objetifica a mulher e deslegitima os limites impostos por ela, fazendo com que violações sofridas por ela não seja consideradas estupro, na qual, permeia o senso comum que estupro consiste apenas em conjunção carnal forçada, excluindo os atos libidinosos que não possuem o consentimento da vítima do tipo penal do artigo 213 do Código Penal Brasileiro, assim como revelou a escritora Christine Ro:

“O estereótipo persistente do "estupro de verdade" envolve um homem desconhecido em um lugar público que penetra violentamente uma mulher que, por sua vez, resiste. Quando a agressão sexual não corresponde a essa narrativa, pode ser difícil até mesmo para a sobrevivente perceber que isso era, de fato, uma agressão sexual. Afinal, o cérebro categoriza as experiências de acordo com o que nos foi ensinado sobre o que elas significam.”³¹

Além disso, o princípio da oportunidade tem como consequência o princípio da disponibilidade, ou seja, o ofendido tem a faculdade de dispor da ação penal em trânsito, ou seja, ele oferece a possibilidade do ofendido ou seu representante legal desistir de prosseguir com o andamento de processo já em curso, conforme o artigo 105 do Código Penal. Sendo assim, este tipo de persecução penal permite que a punibilidade do suspeito seja extinta durante o curso do processo. Desta forma, este instituto inaplicável nos crimes de estupro, visto que, as vítimas já possuem dificuldade de iniciar o processo e durante o processo podem ser forçadas por meio de ameaças ou violência psicológica, a extinguirem o processo, por meio da renúncia ou da perempção, visto que a maioria dos autores destes tipos de crime são pessoas que estão inseridas no convívio social da vítima, conforme demonstrou

³⁰ **ESTUPRO e poder: crimes sexuais em instituições de saúde.** [S. l.], 13 jul. 2022. Disponível em: https://www.justicaemfoco.com.br/descnoticia.php?id=143479&nome=estupro_e_poder_crimes_sexuais_em_instituicoes_de_saude. Acesso em: 4 ago. 2022.

³¹ RO, Christine. O que faz a maioria das vítimas de estupro não reconhecer ou falar sobre a agressão. **BBC Future**, [S. l.], p. 59-64, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-46444996>. Acesso em: 8 jun. 2022.

a Câmara dos deputados (55^a Legislatura-4^a sessão Legislativa), que criou a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o Mapa de Violência contra a mulher (2018)³², em um estudo que contabilizou os seguintes dados: 50% dos estupros são cometidos por companheiros e familiares. Já os conhecidos da família representam pouco mais de 15%. Enquanto, os vizinhos representam percentual de 3,7%. Sendo assim, somente, 31% dos casos de violência sexual são cometidos por desconhecidos pela vítima.

Por sua vez, esta convivência entre a vítima e o autor pode impedir o oferecimento da denúncia em virtude da renúncia, visto que, o artigo 57 do Código de Processo Penal consagra a renúncia tácita e esta extingue o direito de punir do Estado, como disciplina o art. 107, V, do Código Penal Brasileiro. Uma vez que, muitas vítimas continuam tendo relações pessoais com seus estupradores durante um tempo por medo de retaliação ou por não constatar de imediato que foi vítima de estupro ou por dependência financeira ou emocional de seu estuprador. Logo, a vítima continua possuindo relações com o seu estuprador não por desejar praticar atos incompatíveis com a intenção de exercer o direito de queixa, como se manter casada, mas por questões sociais, conforme, pesquisa realizada em 2013 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)³³, 25% dos entrevistados concordam que as mulheres devem satisfazer os maridos sexualmente mesmo sem vontade e isso não seria estupro, fazendo com que muitas mulheres que foram vítimas de estupro matrimonial demorassem a constatar que foram vítimas deste tipo de violência e por este motivo permanecem relacionando com a pessoa que lhe violentou.

Ademais, a perempção é uma das causas de extinção da punibilidade do querelado em virtude da inércia do querelante no processo penal de iniciativa privada, conforme artigo 60 do Código de Processo Penal. Esta causa extintiva de punibilidade é exclusiva da ação penal privada. Todavia, o estupro possui diversas consequências negativas para a vítima como: problemas de saúde e retaliação da sociedade. Sendo assim, delegar para ela a responsabilidade de prosseguir o processo sob pena de perempção seria gerar mais um problema para a vítima, conforme relatado por José Henrique Pierangeli:

³³ CAMARANO, Ana Amélia; MACHADO, Laura. “**Tolerância social à violência contra as mulheres**” Textos para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n. 1200, PASINATO, Maria Tereza p.1-36, jul. 2013

“Constituía uma verdadeira punição à vítima a legitimação exclusiva para ver seu agressor ser processado. Afinal, além de se recuperar física e psicologicamente do abuso sexual sofrido, via-se na obrigação de, ainda, propor a ação penal e acompanhá-la, sob pena de preempção.”³⁴
(PIERANGELI;2010)

Por outro lado, a ação penal privada impõe o recolhimento das custas judiciais para o andamento do processo, conforme artigo 806 do Código de Processo Penal. Logo, as vítimas que decidirem iniciar o processo e não tiverem condições financeiras para arcar com os valores cobrados deve interpor a ação por meio da Defensoria Pública dos Estados e da União, conforme garantido pelo artigo 134 da Constituição Federal Brasileira. Todavia, a concessão da gratuidade da justiça está ligada a discricionariedade do juiz, uma vez que, a concessão do benefício envolve uma análise subjetiva, inviabilizando a proteção ampla dos cidadãos, conforme explanado por Cândido Rangel Dinamarco:

“[...]quando o próprio Estado vem a opor óbices à efetividade da tutela que ele mesmo se comprometeu a conceder a quem ostenta direitos lesados. Tal é a figura do Estado- inimigo, de que venho seguidamente falando e que se consubstancia no Estado como grande responsável [...].”³⁵

Por sua vez, a ação penal pública é regida pelo princípio da oficialidade e da autoridade, desta forma, o princípio da oficialidade atribui legitimidade aos órgãos do Estado para a persecução penal, logo, os crimes de ação penal pública possuem o Ministério Público como promotor da ação, conforme artigo 129, inciso I, da Constituição Federal Brasileira. Além disso, a ação penal pública possui interferência do princípio da obrigatoriedade, ou seja, os órgãos oficiais possuem o dever de atuar diante da notícia de uma infração penal, conforme artigos 5º e 24 do Código de Processo Penal Brasileiro, sempre que estiverem preenchidas as condições da ação penal.

Além disso, o princípio da obrigatoriedade possui como consequência o princípio da indisponibilidade, na qual, o Ministério Público é o responsável pela ação penal e não pode dispor ou desistir do processo em curso, conforme determina o artigo 42 do Código de Processo Penal, sendo os institutos do perdão e da renúncia incompatíveis com este princípio.

³⁴ PIERANGELI, José Henrique; Souza, Carmo Antonio de. **Crimes sexuais**. BH: Del Rey, 2010.

³⁵ DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Apesar da legitimidade do Ministério Público para atuar nos processos regidos pela ação penal pública condicionada, o exercício dele fica condicionado ao oferecimento da representação do ofendido ou seu representante legal. Ou seja, é necessário a manifestação do ofendido ou seu representante legal, demonstrando que possui o interesse na persecução penal, assegurando a autonomia da vítima que possui o direito de analisar as consequências advindas de um processo penal e decidir se deseja ou não a atuação do aparato estatal. Logo, o princípio da oportunidade ou da conveniência vigora em relação à representação. Todavia, o artigo 38, caput do Código de Processo Penal determina que o direito de representar irá recair em seis meses, contados do dia em que vier a saber quem é o autor do crime. Desta forma, este prazo material, fatal e improrrogável é incompatível com as especificidades que envolvem o crime de estupro, conforme demonstrado anteriormente, visto que muitas vítimas necessitam de um tempo para se recuperar antes de conseguirem prosseguir com um processo penal.

Apesar da incidência dos princípios supracitados, o artigo 104 do Código Penal dispõe sobre a renúncia expressa ou tácita, apenas nos casos de queixa, logo não é possível ocorrência de renúncia à representação. Contudo, é possível a retratação da representação antes do recebimento da denúncia, conforme o art. 25, do CPP e art. 102, do CP, desta forma a vítima pode ser forçada por meio de ameaças ou violência psicológica, a retirarem a representação durante a investigação criminal.

Sendo assim, a ação penal pública condicionada mantém a autonomia da vítima e retira as seguintes causas extintivas da punibilidade: renúncia, perdão e perempção, pois, estes institutos são incompatíveis com os princípios supracitados, subsistindo apenas a possibilidade da decadência do direito de representação e a retirada da representação em virtude do medo.

Por fim, um dos corolários fundamentais do Estado Democrático de Direito é a privacidade, a autonomia e a dignidade da pessoa humana, e como consequência o processo penal destes Estados deveriam zelar pelos direitos de todos os envolvidos no problema penal, não podendo tratar a vítima do processo como apenas uma peça dele, um meio de prova ou um polo secundário da ação. Sendo assim, verificar se a ação penal pública incondicionada atende ou não os ditames constitucionais e se ignora ou não as consequências que este modelo processual

pode trazer para a vítima mostra-se bastante oportuno, tanto em termos dogmáticos, mas também criminológicos e político-criminais.

Neste contexto, o Judiciário brasileiro atua de forma subjetiva na análise das vítimas de estupro, desde o Código Criminal do Império, uma vez que, a pena era mais severa se a mulher fosse considerada honesta e mais branda se ela se enquadrasse nas características de uma prostituta. Como define o artigo 222 do Código Criminal do Império:”

Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
 Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.
 Se a violentada for prostituta.
 Penas - de prisão por um mez a dous annos.³⁶

Mesmo após o lapso temporal, os profissionais que devem aplicar a legislação brasileira, em muitos casos, ainda analisam as ações da vítima, que segundo eles, contribuiu para o acontecimento do delito e a vida privada dela para calcular a pena. Este pensamento possui respaldo na jurisprudência, conforme o argumento dos Tribunais "O comportamento da vítima é uma circunstância neutra ou favorável quando da fixação da primeira fase da dosimetria da condenação"³⁷. Além disso, a doutrina, também oferece considerações sobre este posicionamento:

“Na valoração desta última circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em alguns casos a vítima, com o seu comportamento, contribui ou facilita o agir criminoso.
 Não raro a vítima, por seu comportamento temerário ou descuidado, facilita ou até estimula a atuação do criminoso.
 [...] esta circunstância judicial não pode ser valorada para fins de recrudescimento da pena-base do condenado.”³⁸

Desta forma, as características e vivências da vítima não podem ser usadas para prejudicar o réu, mas podem ser usadas para beneficia-lo, fazendo com que a privacidade da vítima, possa ser relativizada, visando argumentos que interfiram no cálculo da pena. Sendo assim, o Estado legitima a exposição de dados íntimos da

³⁶ BRASIL. **Código Criminal do Império**. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 6 jan. 2021.

³⁷ **15HC 245.665/AL**, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013; REsp897.734/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015; HC 217.819/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/11/2013

³⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória - Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 140 .

vítima em virtude da persecução penal, violando o direito da privacidade, como define o autor norte-americano, Daniel Solove:

O direito à privacidade engloba, em um primeiro momento, a liberdade ou segurança frente às intromissões indevidas na esfera privada (freedom from unreasonable search/limited access to the self), o que seria o right to privacy, conforme vimos. Dentro dessa mesma percepção, abrange também o direito do indivíduo de guardar ou compartilhar fatos que não deseja que ganhe notoriedade (secrecy), a garantia do respeito às opções pessoais em matéria de associação ou crenças (privacy of association and belief), bem como a tutela da liberdade de escolhas sem interferências alheias (privacy and autonomy/personhood). Em um segundo momento, o direito à privacidade é marcado pela prerrogativa do cidadão ter autocontrole dos dados que lhe diz respeito (information control/ control over personal information) e, por fim, de sua intimidade (intimacy)³⁹

Desta forma, há uma colisão entre o direito de ampla defesa e o direito a privacidade, ambos garantidos pela Constituição Federal Brasileira. Pois, visando reduzir a pena do réu, alguns advogados utilizam comentários machistas e importunos sobre a vida pessoal da vítima, visando desqualificá-la e tornar a sua atuação preponderante para a prática do crime. Algumas decisões judiciais confirmam como a privacidade é violada, visando obter provas que influenciam a decisão do magistrado. Exemplo disso é o caso da influenciadora digital, da Mariana Ferrer, na qual, a sua advogada, Jackie Francielle Anacleto, relatou em entrevista ao Catarinas, que o advogado do réu, usou fotos de trabalhos da modelo na tentativa de vulgarizá-la, com comentários depreciando a imagem da vítima (RABELO, 2020). Segundo reportagem transcrita pelo portal ND+ (ALVES, 2020), o advogado de defesa utilizou como provas de sua argumentação no processo fotos de Mariana, na qual, ele narra que em uma delas ela está ‘com o dedinho na boquinha’. Ele também julga que as posições são ‘ginecológicas’. “Em seguida, ele questiona: ‘por que você apaga essas fotos e deixa só a carinha de choro como se fosse uma santa, só falta uma auréola na cabeça’”.⁴⁰

Todavia, a relativização do direito à privacidade precisa respeitar os seguintes critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme a técnica da ponderação de Robert Alexy, visando harmonizar os

³⁹ SOLOVE, Daniel J. Conceptualizing Privacy. California Law Review. California, 2002.

⁴⁰ RABELO, Juliana. Advogadas de Mariana Ferrer vão recorrer da decisão de absolvição de André Aranha. Catarinas - Jornalismo com perspectiva de gênero. Florianópolis, set. 2010. Disponível em: <https://catarinas.info/advogados-de-mariana-ferrer-va-recorrer-da-decisao-de-absolvicao-de-andre-aranha/> Acesso em: 19 dezembro. 2020.

⁴¹ MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

interesses do processo penal e os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Como relata Alexandre de Moraes (2003, p. 61):

“Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua”.⁴¹

O primeiro parâmetro está relacionado ao questionamento se a relativização do direito à privacidade alcança o objetivo de promover um processo penal mais justo. Ou seja, é a reflexão se a violação da privacidade auxilia a alcançar um cálculo de pena mais adequado. Desta forma, nos crimes de estupro, o consentimento da vítima gera atipicidade da ação, ou seja, se a vítima participar do ato, oferecendo o seu consentimento não há crime. Por outro lado, ações da vítima como a utilização de certas roupas e de estar em determinados locais não configuram o consentimento e não podem ser consideradas como forma de participação da vítima no crime, pois, estaria violando a liberdade desta.

Por conseguinte, a necessidade está ligado à reflexão se a relativização de determinado direito fundamental é a forma que apresenta o menor custo, de acordo com Alexy, “o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo.”⁴² A partir desta ideia, o desrespeito a privacidade não é o meio necessário, pois a exposição da vítima pode gerar muitos danos, tendo como resultado o *strepitus iudicii*, que seria o escândalo do processo relacionado aos fatos íntimos da vítima.

Assim sendo, configura-se a preocupação quanto à revitimização, uma vez que a vítima passará a sofrer diversos constrangimentos psíquicos e morais decorrentes das medidas necessárias para o esclarecimento do fato, como o exame de corpo de delito, reconstituição do fato, depoimentos etc., além da propagação pública inevitável da tramitação dos procedimentos em razão do crime, que causam extrema vergonha. “Consequentemente, em muitos casos, o Sistema Criminal duplica a violência exercida contra a pessoa estuprada, posto que renova sua vitimação através da violência institucionalizada.” (PRADO e NUNES, 2016)⁴³

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a razão entre os meios utilizados e os fins desejados, ou seja, visa proibir excessos. Contudo, a busca por ações da vítima, que possam ter influenciado o criminoso pode gerar muitos excessos, como relatou a advogada Isabela Del Monde, coordenadora do Me Too Brasil

"A estratégia escolhida pela defesa de muitos acusados de violência sexual é essa: montar uma narrativa a respeito da vida da vítima que possa justificar a violência que ela sofreu. Para isso, depreciam seu comportamento e buscam em seu histórico quantas relações sexuais já teve ou o tipo de foto que posta nas redes sociais, a fim de criar um convencimento de que se trata de uma mulher com menos valor e, portanto, responsável pelo que sofreu. O que, além de ser uma grande distorção, é socialmente reprovável"⁴⁴

A partir dos argumentos supracitados, nos crimes sexuais não se julga os atos cometidos, mas sim os sujeitos (autores e vítimas) envolvidas, de acordo com estereótipos. Pois, o Judiciário brasileiro ainda não eliminou os vestígios deixados pela expressão "comportamento da vítima", introduzida no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, instituído pela reforma penal de 1984. Além disso, não são atendidos os requisitos da adequação, necessidade e da proporcionalidade e não há uma relação custo-benefício vantajosa na violação destes direitos.

O processo que julga os atos tipificados pelo artigo 213 do Código Penal Brasileiro, sobrepõe o interesse social em relação a autonomia da vítima, que não possui o direito de escolher não reviver os acontecimentos, sempre que ela precisar prestar algum depoimento. Desta forma, o atual aparelho estatal, em muitos casos, reproduz a sociedade brasileira que é marcada pelo machismo, patriarcado e pela objetivação dos corpos.

O sistema de Justiça, braço do Estado, está incluído nesse complexo aparato simbólico que legitima, corrobora, retroalimenta e perpetua um modelo de sociedade androcêntrico, patriarcal, machista, o qual não subsistiria sem a violenta e sistemática subjugação das mulheres, no que consiste a violência de gênero (SINGULANO, 2020).⁴⁵

⁴³ PRADO, A.; NUNES, L. **A vitimização secundária nos casos de estupro: a atualidade da representação da violência de gênero da na vida e na obra de Artemisia Gentileschi**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 49-74, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/934/93449824003/>> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁴⁴ DEL MONDE, Isabela. **O que fazer quando a vítima é julgada em casos de "Cultura do assédio"**. Universa, [S. l.], p. 59-64, 11 dez. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/12/06/caso-melhem-cultura-do-assedio-so-mudara-quando-vitima-nao-for-julgada.htm>. Acesso em: 12 maio 2021

⁴⁵ SINGULANO, Yara Lopes. **Caso Mariana Ferrer: Re-vitimização de mulheres pelo sistema de justiça**. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/09/28/caso-mariana-ferrer-re-vitimizacao-de-mulheres-pelo-sistema-de-justica/> Acesso em: 20 fevereiro. 2020.

⁴⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Metodologia de avaliação dos grupos de qualidade da informação. In: **FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2019. São Paulo: FBSP, 2019. p. 82- 89. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁴⁷ SALGADO, Giselle Mascarelli. **As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 44, n.2, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/40411>. Acesso em: 03 out. 2020

Neste sentido, a sociedade brasileira não possui reflexo somente nas decisões judiciais, mascaradas pelo machismo, mas também no fato de não oferecer o direito de escolha aqueles que socialmente possuem um papel de dever de submissão. De acordo com o Anuário de Segurança Pública de 2019, 85,7 % das vítimas de estupro no Brasil são mulheres e 28,5% são trans. ou travestis.⁴⁶ Ou seja, a falta de voz da vítima está relacionado ao fato da maioria das vítimas serem gays, mulheres e travestis. Assim como demonstra Giselle Mascarelli Salgado “no judiciário a presença do machismo velado e de homens que se posicionam contra o direito de gays, mulheres e travestis ainda é grande”⁴⁷(SALGADO, 2016, p 101.). Desta forma, o judiciário silencia a vítima, não lhe oferecendo o direito de escolha em virtude da reprodução de fatos que estão permeados na sociedade.

A violência contra a mulher e a alienação de seus direitos sexuais e reprodutivos são basilares das desigualdades de gênero. Mulheres crescem sendo violentadas dentro de suas casas, no caminho para a escola, nas universidades e nos seus ambientes de trabalho. No 5º país com maior número de registros de feminicídio no mundo, não é de se estranhar (mas não devemos nos conformar) que o sistema judicial também reproduza essas mesmas desigualdades (REZENDE, 2020).⁴⁸

Neste sentido, a mudança para a ação penal pública incondicionada retirou da vítima o direito de escolher se ela deseja ou não prosseguir o processo penal, a partir de suas concepções. Visto que, os princípios que regem a ação penal pública incondicionada são: o da legalidade ou obrigatoriedade; o da indisponibilidade; o da intranscendência; o da divisibilidade e o da oficialidade.

O primeiro princípio refere-se ao fato do Ministério Público possuir a obrigação de promover a ação sempre que ele tiver notícia de um fato típica, ilícita e culpável e possua indícios de autoria e materialidade. Desta forma, O Estado passa a ser o detentor do poder e a vítima passa a ser apenas uma peça do processo. E este poder não possui discricionariedade de propor ou não a denúncia, consagrando o princípio da indisponibilidade, tal dispositivo está presente no art. 42, CPP: “O Ministério Público não poderá desistir de ação penal.”⁴⁹

⁴⁸ REZENDE, Patrícia Jimenez. As raízes do patriarcado. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/09/22/as-raizes-do-patriarcado/> Acesso em: 15 set. 2021

⁴⁹ Código de Processo Penal. Decreto lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 de ago.2021

⁵⁰ AGAMBEN, G. 2008. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. São Paulo, Bontempo, 175 p.5

⁵¹ MOURA JÚNIOR, Sebastião Raul. O tempo subjetivo e as emoções negativas na duração do processo penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3462, 23 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23107>. Acesso em: 19 set. 2021.

Por fim, o princípio da oficialidade retira por completo o poder de decisão da vítima, uma vez que, ao tomar conhecimento do fato, o aparato estatal deveria atuar *ex officio*, ou seja, não é necessário a provocação ou autorização de ninguém. Desta forma, os princípios que norteiam a ação penal pública incondicionada retiram o poder de decisão da vítima e lhe retiram o caráter de sujeito de direitos e deveres e se torna um meio de prova. Conforme relata Flaviane Magalhães:

Progressivamente, a vingança privada e a justiça privada foram dando lugar à justiça pública. Formava-se, assim, a noção de proibição da justiça pelas próprias mãos, até hoje tipificada como conduta ilícita, que teve como ponto de partida a expropriação do conflito pelo Estado. Portanto, a vítima foi sendo neutralizada: de parte integrante da persecução penal passou a ser mera informadora do delito, diante da expropriação do conflito, que passa a atingir precipuamente o Estado, detentor do monopólio da jurisdição. Este estágio de neutralização pode ser verificado desde o Direito Romano, passando pela Idade Média, pela formação dos Estados Nacionais, pelo Iluminismo, chegando até ao século XX. (2008, p. 5)⁵⁰

Neste sentido, a vítima perdeu a sua capacidade de decisão, sobre um processo que irá interferir em aspectos privados de sua vida e que poderá trazer diversos danos, já que o processo penal é desgastante para as partes envolvidas e pode gerar transtornos emocionais, como constatado no estudo realizado por Sebastião Raul Moura Junior⁵¹. Conforme explana Aury Lopes Junior

“No tocante à titularidade da ação penal, destaca-se que todos os crimes sexuais do Capítulo I e II agora são de ação penal pública incondicionada, inutilizando a Súmula 608 do STF, ou seja, o Estado —toma para si a proteção total das vítimas quanto à violação da liberdade sexual (seguido o entendimento primordial sumulado), mas o estendendo, tal seja, a ponto de não mais interessar se houve desforço físico contra o corpo de vítima (violência —real — vis absoluta) ou se foi praticado mediante grave ameaça (vis compulsiva). Ocorre aqui, de vez, a declaração pública do corpo da vítima, de modo discutível. Portanto, agora, a ação penal será pública incondicionada para todos os casos (antes a regra geral era que fosse condicionada à representação da vítima e incondicionada nos casos de vulnerabilidade). Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e privacidade, além da liberdade sexual. Não são raros os casos em que a vítima (maior e capaz) sofreu um processo de revitimização seríssimo ao ter que comparecer a um processo penal que ela não queria e não desejava, tudo por conta do antigo modelo de ação penal pública incondicionada agora ressuscitado. Um fato ocorrido muitos anos antes, que agora era presentificado sem que ela quisesse, expondo a constrangimentos familiares (em muitos casos já estava casada e com filhos, sem que tivesse

revelado o fato a eles), no local de trabalho (pois precisa faltar para comparecer em juízo) e a levando a um sofrimento que não desejava.⁵²

Outra questão abordada pelo autor Aury Lopes Junior é a questão da revitimização. Este fenômeno ocorre quando há vitimização secundária e terciária. O primeiro tipo citado é aquele em que as instancias formais de controle social intensificam a vitimização. Segundo Oliveira (1999), “[...] a secundária é mais preocupante, já que pode formar uma sensação de desamparo e frustração da vítima quanto ao Estado.”⁵³ Por fim, a terciária é realizada pela sociedade que julga e condena a vítima, como destacou Renata Floriano de Souza :

A construção social da vítima perfeita de estupro parte da ideia de que a castidade feminina, ou o mais próximo disso, é uma questão moral não apenas da mulher que a carrega, como, também, um atestado de bons antecedentes de sua família. Uma mulher com vida sexual intensa e conhecida em seu meio social escandaliza não somente os vizinhos ou conhecidos, mas estende para sua família a má fama da mulher. Logo, a virgindade é não somente o *status* físico do hímen intacto; é, também, a representação da honra da família imaculada.⁵⁴

Sendo assim, o processo que julga os atos tipificados pelo artigo 213 do Código Penal Brasileiro, sobrepõe o interesse social em relação a autonomia da vítima, que não possui o direito de escolher não reviver os acontecimentos, sempre que ela precisar prestar algum depoimento. Assim como se posiciona o professor Bruno Gilaberte:

“Cuida-se de lamentável concessão do legislador a protestos punitivistas que bradam pela pena e esquecem-se que, nos crimes sexuais, existe uma vítima que precisa ser preservada. Com a nova disciplina, a pessoa violentada não mais poderá procurar a autopreservação, contornando os processos de vitimização secundária e terciária, mas obrigatoriamente será submetida a eles. O recado do legislador é claro: o que importa é punir, pouco importando o bem-estar da vítima, caindo as máscaras de fingida preocupação. Essa é a consequência de um direito penal estudado e manejado sem apoio na criminologia – mais especificamente, na vitimologia⁵⁵

⁵² LOPES JR. Aury. O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18? Limite Penal. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Porto Alegre. 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penalsignificaimportunacao-sexual-segundo-lei-1378118#author>. Acesso em: 16. nov. 2020.

⁵³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. A vítima e o direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

⁵⁴ Sousa, Renata Floriano de. **Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v.25, n.1, jan./jun. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100009. Acesso em 19 ago. 2021

⁵⁵ FREITAS, Bruno Gilaberte. **Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança**. Disponível em <www.canalcienciascriminais.com.br>, acesso em 14. Jun. 2021

A partir dos argumentos demonstrados pode-se ponderar a relativização do direito à autonomia a partir dos seguintes critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme a técnica da ponderação de Robert Alexy. O primeiro parâmetro está relacionado ao questionamento se a relativização do direito à autonomia alcança o objetivo de promover um processo penal mais justo. Sendo assim, a relativização deste direito não cumpre o primeiro critério, uma vez que, a retirada do poder decisivo não aumenta o acesso à Justiça, pois, as muitas vítimas continuam esvaindo do aparato judicial. Segundo dados da Pesquisa Nacional da Saúde (PNS) divulgado no ano de 2021, 8,9% das mulheres brasileiras já sofreram algum tipo de violência sexual na vida. Contudo, de acordo com os dados do Sistema de Notificação do Ministério da Saúde, estima-se que apenas 10% dos casos de estupro que ocorreram, no Brasil, foram reportados à polícia.⁵⁶

Por conseguinte, não há necessidade de retirar a autonomia da vítima que é maior e capaz de realizar as suas escolhas. Conforme o entendimento de Aury Lopes Junior:

Enfim, nesse ponto, o legislador desconsiderou completamente a liberdade da vítima (maior e capaz, sublinhe-se), que agora não mais poderá decidir se deseja levar adiante a persecução estatal ou não, pois ela poderia preferir não se submeter a exposição (muitas vezes vexatória e humilhante) do processo penal”⁵⁷

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito não se enquadra na restrição ao direito à autonomia, visto que, o presente estudo que o crime de estupro envolve questões íntima e privados da vítima e por este motivo o dever do Estado de proteger a vítima, não contrabalança os danos gerados pela falta do direito de escolha.

O Estado possui o poder/dever de punir aqueles que atuam de maneira contrária ao seu ordenamento jurídico, chamado de jus puniendi, garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144 “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio[...]”⁵⁸ Contudo, este poder

⁵⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde 2020. [Internet]. Rio de Janeiro: IBGE; 2020. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013/>. Acesso em: 12 jan. 2021

⁵⁷ LOPES JR. Aury. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18? Limite Penal.** Revista eletrônica Consultor Jurídico. Porto Alegre. 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.co m.br/2018-set-28/limite-penalsignificaimportunacao-sexual-segundo-lei-1378118#author.> Acesso em: 16. nov. 2020.

possui algumas limitações, garantidas pela legislação supracitada, buscando os interesses e o bem estar social. Conforme relata Souza (2019, p. 10)

O jus puniendi não é um faculdade estatal, mas sim um poder/dever de punir aquele que violar a norma penal prevista no ordenamento brasileiro. Entretanto, esse poder do Estado possui limitação, só podendo ser exercido através do devido processo legal, observando-se ainda os princípios do contraditório e ampla defesa, nos moldes do art. 5º, LV da Constituição da República.⁵⁹

Neste contexto, as partes envolvidas em um processo penal possuem a sua dignidade garantida e este direito veda os excessos no processo. Como ensina Roxin apud Streck (2007, pg. 96)

“Como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social de Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo”.⁶⁰

Contudo, obrigar a vítima a descrever todos os acontecimentos que lhe trouxeram traumas não assegura a dignidade do cidadão. Uma vez que, a dignidade da pessoa humana está relacionada a uma vida saudável e a promoção da vida em comunidade, como conceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.37)

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago.2021

⁵⁹ SOUZA, Janielly Araújo Porfirio de. **Da violação ao direito à privacidade e a intimidade das vítimas de delitos sexuais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2019. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/19664>>. Acesso em: 21 jul.2021

⁶⁰ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico–mestrado), 2008. pp. 80-81. Disponível em: http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=721, acesso em 11/02/2021

demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁶¹

Nesse sentido, ao retirar da vítima maior e capaz a possibilidade de escolher dar início ou não à persecução criminal contra seu infrator, sem que essa possa alegar seu constrangimento como impedimento ao prosseguimento da ação, o legislador atinge o direito fundamental da vítima. Pois o julgamento pode ser um evento traumático na vida da pessoa e pode gerar transtornos emocionais, como constatado no estudo realizado por Sebastião Raul Moura Junior⁶², na qual, a pesquisa demonstrou que o processo penal possui aptidão para aflorar de sentimentos como a insegurança, o medo, e, em alguns casos, até mesmo a depressão. Este desgaste que a vítima pode sofrer é relatado por Vera Regina Pereira de Andrade:

[...]o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina.⁶³

A autora supracitada, demonstra outra questão relacionada a dignidade da vítima que é o status social. Pois, ela pode sofrer uma vitimização terciária, que é aquela gerada pelo conhecimento do delito, por parte do contexto social em que a pessoa que sofreu o dano está inserida, fazendo com que a sociedade não acolha a vítima e ela precise conviver com comentários maliciosos e questionamentos indiscretos, conforme Lívy Ramos Sales Mendes de Barros & Alline Pedra Jorge-Birol:

“Não procede, portanto, a ideia de que o esturador seja necessariamente um homem ‘anormal’, dotado de taras e perversões incontroláveis, sujeito a cometer, em nome de sua perturbação patológica, toda a sorte de violências sexuais. Há uma certa tendência a se acreditar que quem comete crimes como este são pessoas que sofrem distúrbios mentais, depravação ou estão à margem da sociedade. E é quando estas características não são encontradas no delinquente que se procura na pessoa da vítima uma

61 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2012.

62 MOURA JÚNIOR, Sebastião Raul. **O tempo subjetivo e as emoções negativas na duração do processo penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n.3462, 23 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23107>. Acesso em: 19 set. 2021.

63 ANDRADE, Vera Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. 2a ed. Livraria do Advogado, 2016.

justificativa para o cometimento do ilícito. Existem vários critérios para se justificar a violência sexual. Avaliações comportamentais e toda a história de vida dos envolvidos no cenário do crime são reviradas, respingando até em familiares e amigos” (2014, online).⁶⁴

Além disso, a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, trouxe no enunciado 531 que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”⁶⁵ Na qual este direito pode ser definido como mencionou Fraçois Ost na decisão, de 1983, do Tribunal de última instância de Paris (Mme. Filipachi Cogedipresse)

(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.” (ob. Cit. P. 161).⁶⁶

Sendo assim, a ação penal pública incondicionada retira este direito da vítima, pois ela não possui o direito de optar que o Estado não interfira em uma questão íntima de sua vida e não pode escolher não reviver as lembranças do suposto crime, pois, a vítima não pode invocar o direito ao silêncio, uma vez que este é garantido somente aos presos e pessoas que estão se submetendo a alguma acusação criminal, conforme o artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”⁶⁷

O direito à dignidade não é um direito absoluto, ou seja, ele pode ser relativizado. Contudo, esta restrição deve respeitar conforme a técnica da ponderação de Robert Alexy. O primeiro critério que deve ser respeitado é a questão da adequação. Ou seja, a restrição deste direito alcança o objetivo de um processo

⁶⁴ BARROS, Lívyra Ramos Sales Mendes de; BIROL, Alline Pedra Jorge. **Crime de Estupro e sua vítima: A discriminação da mulher na aplicação da pena.** Disponível em: <http://www.academia.edu/7364530/Crime_de_Estupro_e_Sua_Vitima_A_Discricao_da_Mulher_na_Aplicacao_da_Pena> Acesso em: 14 de maio de 2021

⁶⁵ **Enunciado 531** da VI Jornada de Direito Civil.

⁶⁶ OST, François. **O tempo do direito.** Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago.2021

⁶⁸ ALMEIDA, Andrinny. **A cultura do punitivismo e o encarceramento em massa.** Canal Ciências Criminais, [s. l.], 21 nov. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-do-punitivismo-encarceramento/>. Acesso em: 15 set. 2021.

penal mais justo, uma vez que, a restrição do direito a dignidade não acarreta nenhum benefício para a sociedade e para as partes envolvidas no processo.

Por conseguinte, o parâmetro da necessidade também precisa ser analisado, todavia, a partir dos argumentos supracitados não há essa necessidade, pois o direito à dignidade viabiliza justamente um processo mais justo, evitando excesso, desta forma, a sua restrição gera muitos danos para o processo, uma vez que, um processo penal que não respeita a dignidade da pessoa humana, fere não só a dignidade mas outros direitos basilares como a privacidade, a autonomia e o direito ao esquecimento.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito não está presente na relativização do direito à dignidade nos processos que julgam os crimes de estupro, pois a razão entre os meios utilizados e os fins desejados demonstra um saldo negativo, já que os meios desejados geram danos para a vítima, como demonstrado no texto e não se alcança nenhum objetivo válido, gerando apenas um punitivismo exacerbado. Assim como demonstrou Andrinny:

Analisando friamente os números, contata-se que encarcerar e punir há algum tempo não gera qualquer resultado positivo que contribua para a diminuição da violência. A continuidade das prisões desmedidas, tão somente para defesa do caráter retributivo da pena e como resposta demandada por diversos setores da sociedade, não será capaz de gerar qualquer resultado eficaz.⁶⁸

Conforme os argumentos supracitados é evidente que a alteração da ação penal pública condicionada para pública incondicionada foi uma medida emergencialista, visando um punitivismo exacerbado, não ponderando as consequências sociais desta mudança, conforme relatou Hugo Leonardo Rodrigues Santos:

Dentre as muitas tendências político- criminais verificadas na atualidade, destacamos aquelas de matriz autoritária, as quais se coadunam com uma vertiginosa expansão do sistema punitivo. Essas políticas possuem alguns traços distintivos comuns, que são a utilização simbólica do poder punitivo, seu caráter emergencial e a opção por um discurso efficientista.⁶⁹

Neste sentido, visando diminuir a sensação de impunidade e atender aos anseios sociais, o legislador suprimiu direitos fundamentais das vítimas. Ou seja, as

⁶⁹ SANTOS, Hugo. **Utilização do conceito de inimigo no sistema punitivo: análise crítica a partir de um modelo integrado de ciências criminais**. 2009. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, [S. l.], 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4744/1/arquivo6347_1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal contemporáneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 99.

funções simbólicas do Direito suprimiram finalidades do Estado Democrático de Direito, conforme afirmou Jesus- Maria Silva Sanchez

“[...]esta función simbólica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”⁷⁰.

Conclui-se que a lei a Lei 13.718/2018 é uma consequência da falência do Estado, que não conseguiu medidas sociais para solucionar a questão do número de casos de estupro no Brasil e criou esta lei como uma resposta insatisfatória e irracional para o medo social, privilegiando a publicidade do legislador e a falsa ideia de proteção em desfavor das funções preventivas e de proteção de bens jurídicos.

4-CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira permite que alguns institutos consagrados pelo ordenamento jurídico, sejam relativizados em razão das especificidades do crime em questão. Ou seja, o Código Penal e o Código de Processo Penal admitem que uma lei crie exceções sobre algum instituto garantido pela legislação, visando adequar a lei às características de determinado crime.

Neste sentido, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 determina que autores de alguns crimes possam ter alguns benefícios como a possibilidade da composição dos danos, a suspensão condicional do processo, todavia, o artigo 41 da Lei 11.340 de 2006 determina que “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”⁷¹

Por outro lado, o Código de Processo Penal, em seu artigo 396 determina que a citação do acusado deve ocorrer após o recebimento da denúncia. Por sua vez, a Lei nº. 11.343 /06 assegura que a citação do acusado deve ocorrer antes do recebimento da denúncia contra ele oferecida.

Logo, é possível a alteração do prazo decadencial e a subsequente adoção de prazo compatível com a complexidade do crime de estupro, ampliando o prazo para que a vítima represente contra o seu agressor. Conclui-se que o modelo de persecução penal que julga os crimes tipificados pelo artigo 213 do Código Penal é a ação penal pública condicionada, com um prazo decadencial compatível com o crime. Uma vez que, a ação penal pública condicionada mantém a autonomia da vítima, e retira as seguintes causas extintivas da punibilidade: renúncia, perdão e perempção, pois, estes institutos são incompatíveis com os princípios que regem este modelo de ação penal.

⁷¹ BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha), Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/>. Acesso em: 07 agosto. 2022.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial** (arts. 213 a 311-A). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018
- BRASIL. Senado Federal. **Exposição de Motivos Lei 12.015**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto2009-590268-exposicaodemotivos-149280-.html#:~:text=O%20projeto%20proposto%20considera%20como,internacional%20o%20intern%20de%20pessoas>. Acesso em: 01 abril. 2022
- BURNIER, Giovana dos Santos. **O crime de estupro e o atentado violento ao pudor : aspectos e reflexos após a lei 12.015/2009**. 2010. Monografia (Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, [S. l.], 2011. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Giovana%20dos%20Santos%20Burnier.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.
- CAMPOS, Walfredo Cunha. **Curso completo de processo penal**. Salvador, BA: Juspodivm, 2018. 1359 p. ISBN 9788544217788 (broch.).
- CARVALHO, Gisele Mendes de; CHAGAS, Edmar José. **Proteção da Dignidade Sexual ou Paternalismo Jurídico: a propósito do valor do consentimento do menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Último acesso em: 10 jan. 2022
- Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940
- FAYET JÚNIOR, Ney; VARELA, Amanda Gualtieri. **A ação (penal) privada subsidiária da pública: das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Liv. do Advogado, 2017. 227 p. ISBN 9788569538776 (broch.).
- LOPES JR. Aury. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18?** Limite Penal. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Porto Alegre. 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118#author>. Acesso em: 16. nov. 2021.
- PASCHOAL, Nohara. **O estupro: uma perspectiva vitmológica**. 2014. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, [S. l.], 2014.
- Supremo Tribunal Federal. **Súmula 608**. DJ de 29/10/1984. Referência Legislativa: Código Penal de 1940, art. 102, "caput"; art.103; art. 108,IX; art. 213; art. 223,"caput"; art. 225. Lei 6416/1977. Disponível em: . Acesso em 13 de fevereiro 2022
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador, BA: Juspodivm, 2019. 1887 p. ISBN 9788544225486 (broch.).