



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**

**MATEUS PIRES DE OLIVEIRA SOUZA**

**A (In)Constitucionalidade do Artigo 225 do Código Penal em razão de sua  
nova redação pela Lei nº. 13.718 de 2018**

**Uberlândia/MG**

**2018**

**MATEUS PIRES DE OLIVEIRA SOUZA**

**A (In)Constitucionalidade do Artigo 225 do Código Penal em razão de sua  
nova redação pela Lei nº. 13.718 de 2018**

Monografia produzida e apresentada na constância do crédito “Trabalho de Conclusão de Curso II”, sendo requisito parcial obtenção do título de bacharel, pelo curso de Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Professor Karlos Alves Barbosa

**Uberlândia/MG**

**2018**

## **Termo de Aprovação**

**MATEUS PIRES DE OLIVEIRA SOUZA**

### **A (In)Constitucionalidade do Artigo 225 do Código Penal em razão de sua nova redação pela Lei nº. 13.718 de 2018**

Monografia produzida, apresentada e aprovada na constância do crédito “Trabalho de Conclusão de Curso II”, sendo requisito parcial à obtenção do título de bacharel, pelo curso de Direito da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, pela seguinte banca examinadora:

---

Professor Karlos Alves Barbosa

Orientador – Docente 3º Grau – Direito Penal e Direito Processual Penal

---

Professora Tharuelssy Resende Henriques

Professora Avaliadora – Docente 3º Grau – Direito Constitucional

---

Danler Garcia Silva

Examinador – Discente Mestrado –

Uberlândia/MG, 14 de dezembro de 2018

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os que me incentivaram nos estudos ao longo desta graduação.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Formador de todas as coisas, Deus, nosso Pai que está nos céus e, por fé, no coração daqueles que o buscam, que me tem dado a vida, a saúde, o ar que respiro, é meu sustento, minha vida, e, entre muitas outras bênçãos, tem me ajudado nos meus estudos e cumprido o desejo do meu coração, tido desde pequeno, de cursar Direito na Universidade Federal de Uberlândia. A Ele seja toda a glória, para sempre, amém.

Agradeço aos meus pais, o Sr. Joel de Souza e a Sra. Marilânia Pires de Oliveira Souza, que não foram apenas meus genitores biológicos, mas sim verdadeiros professores da vida, me dando a instrução e mostrando o caminho a ser trilhado, pelo que a vitória que me será dada ao fim desta graduação, é, em primeiro lugar, de ambos.

Ficam igualmente registrados os agradecimentos aos meus demais familiares, que, sempre presentes, contribuíram expressivamente para que eu pudesse chegar ao fim da graduação, fazendo menções exemplificativas às minhas amadas irmãs Joelânia e Tamara, e às minhas queridas avós Joana e Maria, e avôs Josué e José Maria, que, embora, com exceção da primeira citada, não mais estão presentes entre nós, foram a base da minha querida família, o bem mais precioso que alcancei de Deus nessa terra.

Agradeço à minha amada Caroline, a rosa de maior beleza que tive o prazer de conhecer.

Igualmente especiais, agradeço ao professor orientador Karlos Alves, que foi peça indispensável à confecção do presente trabalho, e à professora Tharuelssy, ao discente do mestrado Danler, que tem me honrado com sua presença na banca de defesa.

Por fim, agradeço a todos os professores e colegas de graduação que contribuíram para chegada ao término deste trabalho, e conseqüente formação em minha primeira faculdade.

*“Mas graças a Deus que nos dá a vitória por nosso Senhor Jesus Cristo”.*

I Coríntios, 15:57.

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo a análise da constitucionalidade do artigo 225 do Código Penal Brasileiro de 1940, diante da nova redação dada pela Lei nº. 13.718 de 2018, que, em termos práticos, faz com que o rito para o processamento das ações penais que tenham por objeto os crimes contra a liberdade sexual (Capítulo I, Título IV – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, do Código Penal) seja através de ação penal pública incondicionada, ou seja, sem qualquer aquiescência por parte da vítima. Há evidente embate de princípios constitucionais: o direito fundamental à privacidade, explícito na redação do art. 5º, inciso X, da Carta Magna, em face do interesse público a ser resguardado pela ação penal pública, princípio implícito na sistematização jurídica do Direito Processual Penal, tendo por base o art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Diante da complexidade da análise, faz-se, inicialmente, a construção histórica da ação penal pública, e, a seguir, o seu procedimento. Após, é trazido alguns tópicos que cercam, inevitavelmente, o tema abortado, como, por exemplo, os crimes contra a liberdade sexual e o princípio atingido, em tese, pelo artigo citado. Por fim, construído este fundo, enfrenta-se a questão proposta, propondo-se as deduções atingidas.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Direito Processual Penal; Privacidade; Crimes Contra a Dignidade Sexual; Ação Penal Pública Condicionada.

## **ABSTRACT**

The present study has as scope the analysis of the constitutionality of article 225 of the Brazilian Penal Code of 1940, against the new wording given by Law no. 13,718 of 2018, which, in practical terms, makes the rite for the prosecution of criminal actions for crimes against sexual and vulnerable freedom (Chapter I and II, Title IV - Crimes Against Sexual Dignity, of the Penal Code) be through unconditional public criminal action, that is, without any acquiescence on the part of the victim. There is an obvious clash of constitutional principles: fundamental right to privacy, explicit in the writing of art. 5, item X, of the Magna Carta, in the face of the public interest to be protected by public prosecution, a principle implicit in the legal systematization of criminal procedural law, based on art. 129, item I, of the Federal Constitution. In view of the complexity of the analysis, the historical construction of the public criminal action is initially made, and then its procedure. Afterwards, some topics are inevitably surrounded by the aborted theme, such as crimes against sexual freedom, and the principle reached in theory by the cited article. Finally, after made this fund, its face the principal question, proposing the deductions reached.

Keywords: Unconstitutionality; Criminal Procedural Law; Privacy; Crimes Against Sexual Dignity; Public Criminal Action Conditioned.

## LISTA DE ABREVIATURAS<sup>1</sup>

ac. – Acórdão

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal Brasileiro de 1940

CPP – Código de Processual Penal de 1941

MP – Ministério Público

Rp – Representação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>1</sup> Em conformidade com a “**Lista de Siglas, Abreviaturas e Notações do Supremo Tribunal Federal 2018**”. Disponível no seguinte endereço eletrônico: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/siglas\\_cf.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/siglas_cf.pdf) - acesso em 23 de outubro de 2018.

## SUMÁRIO

<b>1.0 – Introdução</b> .....	12
<b>2.0 – A ação penal</b> .....	16
<b>2.1 – Histórico da ação penal</b> .....	18
2.1.1 – O processo penal e o ofendido na Grécia .....	20
2.1.2 – O processo penal e o ofendido em Roma .....	21
2.1.3 – O processo penal e ofendido no direito germânico .....	25
2.1.4 – O processo penal e ofendido no direito canônico .....	26
<b>2.2 – A ação penal no direito brasileiro</b> .....	28
2.2.1 – Espécies de Ação Penal .....	21
2.2.2 – A representação .....	40
<b>2.3 – Procedimentos penais</b> .....	48
2.3.1 – Denúncia ou queixa .....	50
2.3.2 – Citação e resposta à acusação .....	50
2.3.3 – Fase instrutória e o depoimento da vítima .....	52
<b>3.0 – Os crimes contra a liberdade sexual</b> .....	58
3.1 – A evolução dos crimes contra a liberdade sexual no direito brasileiro	60
3.2 – Estupro .....	68
3.3 – Violação sexual mediante fraude .....	70
3.4 – Importunação sexual .....	71
3.5 – Assédio sexual .....	72
3.6 – Discussões doutrinarias e jurisprudenciais .....	73
3.6.1 – Crimes sexuais contra vulneráveis .....	76
3.6.2 – A súmula 608 do Supremo Tribunal Federal .....	81
<b>4.0 – A Lei nº. 13.718 de 2018</b> .....	84
<b>5.0 – Direitos Fundamentais atingidos em tese</b> .....	87
<b>6.0 – Conflito de princípios: privacidade e intimidade x interesse público na     ação penal pública</b> .....	89

<b>7.0 – Direito Comparado</b> .....	101
7.1 – Espanha .....	101
7.2 – França .....	103
7.3 - Portugal .....	104
7.4 – Itália .....	106
7.5 – Argentina .....	108
<b>8.0 – Conclusões</b> .....	109
<b>Bibliografia</b> .....	111

## 1 – Introdução

No atual cenário jurídico, o Direito Penal está diretamente envolvido com o exercício da pretensão punitiva do Estado, a qual nasce pela ofensa de um bem jurídico, sendo características intrínsecas a este ramo do direito público a subsidiariedade e a fragmentariedade, decorrentes dos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da lesividade<sup>2</sup>.

Afirma-se, em linhas gerais, que o Direito Penal é uma resposta ao estado de beligerância inerente à vida em sociedade, e busca, portanto, a paz social, caracterizada pela ausência de ofensas aos bens jurídicos. Como está inserido em um contexto de Estado Democrático de Direito, sua legitimidade somente surge quando em consonância com os valores da dignidade humana e os direitos fundamentais, sendo fortalecida, assim, a ideia de intervenção mínima. Conforme ensina Bitencourt, o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade<sup>3</sup>.

Nessa linha, é fortalecida a corrente que a doutrina vem chamando de Direito Penal democrático: a harmonia das normas penais com os princípios de um Estado de Direito<sup>4</sup>. Aludidos princípios estão explícitos nas constituições modernas, como exemplo, a vigente no nosso país, promulgada em 1988.

---

<sup>2</sup> **DOTTI**, René Ariel. **As bases constitucionais do direito penal democrático**. Revista de informação legislativa. Volume 22, n. 88. Out./dez. 1985. p. 21.

<sup>3</sup> **BITENCOURT**, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995. p. 32.

<sup>4</sup> **DOTTI**, René Ariel. **As bases constitucionais do direito penal democrático**. p. 26.

Estabelecidas estas premissas, podemos depreender, por silogismo, que as normas que compõe o Direito Penal, e por corolário o Direito Processual Penal, devem observar os direitos fundamentais, ou seja, aqueles de natureza individual, social, política e jurídica, estabelecidos na nossa Carta Magna<sup>5</sup>.

Destarte, é de suma importância o fomento à análise da constitucionalidade das normas que integram o Direito Penal, eis que se busca a conservação do status de Estado Democrático de Direito. O estudo que aqui se propõe é justamente a prospecção da constitucionalidade ou não de uma das propostas trazidas pela Lei nº. 13.718 de 2018: pela nova redação dada ao artigo 225 do Código Penal, a ação penal pública nos casos dos crimes contra a liberdade sexual<sup>6</sup> deixa de ser condicionada à representação.

Chega-se ao seguinte embate: até que ponto os crimes contra a liberdade sexual atingem, em maior parcela, um bem jurídico de grande relevância à sociedade, para que a vítima não tenha nenhum poderio para manifestar sua vontade em dar início da ação penal própria para a persecução penal do acusado? Ou, ainda, pode o interesse público de paz social, refletido na obrigação do Estado de controlar lesões e ameaças a bens jurídicos, prevalecer sobre direitos fundamentais da vítima que, em tese, podem ser potencialmente atingidos no decorrer de uma ação penal? São esses os pontos que a presente monografia buscará destrinchar, dispondo, ao fim, quais as elucidações cabíveis, em acordo com os conceitos e entendimentos predominantes na doutrina e na jurisprudência.

Conforme se verá nos capítulos subsequentes, é possível se afirmar que, em muitos casos, a persecução penal é um instrumento apto a gerar danos não só

---

<sup>5</sup> **DIMOULIS**, Dimitri; **MARTINS**, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: RT. 2007. p. 53.

<sup>6</sup> Em verdade, a nova redação do artigo 225 do Código Penal dispõe que se procede mediante ação penal pública nos crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável. Contudo, o presente trabalho somente abordará o primeiro caso, eis que, tratando-se em crimes sexuais contra vulnerável, já restava consolidado na doutrina e na jurisprudência, antes do advento da Lei nº. 13.718 de 2018, a não obrigatoriedade da representação por parte do ofendido para se iniciar a persecução penal, justamente pela sua vulnerabilidade. Inclusive, em 2009 a Lei nº. 12.015 positivou tal entendimento, quando então também alterou o mencionado artigo do CP.

ao acusado, mas também à vítima, na medida em que reavive momentos de grande angústia, sofrimento ou acende um constrangimento advindo da prática do delito objeto da ação.

E, ainda que assim não seja em determinados casos, o processo penal revela-se desgastante às partes envolvidas, pois faz com que experimentem momentos desagradáveis, e, conforme estudo já realizado por Sebastião Raul Moura Júnior, aptos a gerar sérios transtornos emocionais<sup>7</sup>. O aspecto psico-emocional dos envolvidos na ação penal, vítima e acusado, fragiliza-se em decorrência da afloração de sentimentos como a insegurança, o medo, e, em alguns casos, até mesmo a depressão.

Em razão desses aspectos negativos da persecução penal, em crimes onde se procede mediante ação penal pública, mas o delito gera maior dano ao interesse privado, o legislador trouxe o instituto da representação, onde o ofendido detém a faculdade de exteriorizar a predileção para instauração do processo criminal.

Assoma, portanto, de grande valia uma abordagem aprofundada sobre a razoabilidade de o legislador fazer com que a vítima não mais detenha esta faculdade nos casos de crimes contra a liberdade sexual, eis que o bem jurídico que se pretende proteger adentra, intrinsecamente, à privacidade e intimidade da vítima.

Para realização deste estudo, optou-se por uma abordagem através da metodologia científica dedutiva, privilegiando-se o levantamento bibliográfico e complementação pelo direito comparado e análises de julgados do STF em que houve importantes discussões sobre a matéria em tela.

O método científico citado quer dizer que serão apresentados os conceitos gerais inerentes ao tema a ser abordado, partindo-se, após, para a aplicação específica. Segundo o professor Canotilho, a metódica estruturante em

---

<sup>7</sup> MOURA JÚNIOR, Sebastião Raul. **O tempo subjetivo e as emoções negativas na duração do processo penal**. Revista Jus, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3462, 23 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23107>. Acesso em: 3 nov. 2018.

pesquisas como a presente é a crítico-normativo: tem como objeto de análise e crítica as teorias hermenêuticas e interpretativas que auxiliam na tarefa de aplicação do Direito Constitucional<sup>8</sup>. Ainda, conforme ensina a professora Christine Peter, a perspectiva crítico-normativa busca uma fundamentação racional e jurídonormativa dos juízos de valor (como, por exemplo, a interpretação e concretização das normas constitucionais)<sup>9</sup>.

É necessário esclarecer que o presente trabalho não tem por escopo compilar conceitos e elementos jurídicos já consolidados, como se faz em manuais e resumos de direito em geral. Contudo, é imprescindível que visitemos algumas concepções que se relacionam com a matéria, não com o sentido de esgotá-las, mas exemplificá-las de modo a contribuírem com a pesquisa.

Importante instituto para pesquisas no campo jurídico onde o objeto do trabalho seja relativamente novo, como é o caso da Lei nº. 13.718 de 2018 (aprovada três meses antes da apresentação da presente monografia), é o direito comparado: nestes casos, ainda que existam discussões sobre matérias análogas, há pouca ou nenhuma sobre o tema propriamente dito, pelo que o cientista do direito utiliza como fonte as normas legais, a doutrina e a jurisprudência existente em outros países que adotem regime jurídico com as mesmas diretrizes pátrias, o que, por certo, ajuda na construção das teses a serem firmadas.

Doutro lado, sabe-se que, infelizmente, a nossa sociedade é vítima de muitos crimes contra a liberdade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude, importunação e assédio sexual), o que corriqueiramente se vê nos nossos noticiários, pelo que fica, assim, devidamente estabelecida a relevância do trabalho que se propõe à comunidade científica. A inovação se dá pelo aspecto já

---

<sup>8</sup> **CANOTILHO**, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999. p. 1043-1044.

<sup>9</sup> **SILVA**, Christine Oliveira Peter da. **A pesquisa científica na graduação em Direito**. Universitas Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n. 11, p. 25-43, dez. 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagraduacaochristinepeter.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

mencionado de ainda não existirem discussões jurisprudenciais e doutrinárias sobre a suposta inconstitucionalidade da nova redação dada ao artigo 225 do Código Penal.

Feito este introito, crê-se que fica apropriadamente esclarecido o escopo da pesquisa, bem como a metodologia científica a ser empregada, e sua relevância e inovação. Dessa forma, passamos ao desenvolvimento do estudo.

## 2 - A Ação Penal

O tema introduzido no tópico anterior versa sobre institutos que são estudados no campo do Direito Processual Penal, sendo que a representação, o depoimento das vítimas e todo possível sofrimento destas no decorrer da persecução penal, estão vinculados à Ação Processual Penal. Assim, é primordial que a sistematização da ação penal fique destriçada.

A ação penal é um instrumento processual no qual o Estado exerce o poder/dever privativo de estabelecer a responsabilidade pelos delitos tipificados pelo legislador. Conforme os ensinamento de Fernando Capez, é materialização do *ius puniendi*<sup>10</sup>.

Seguindo a linha de Capez, temos que o Estado possui um poder abstrato, genérico e impessoal, de punir uma coletividade indeterminada de pessoas. Essa pretensão se consubstancia com a prática delitiva, e deixa de ser impessoal, tornando-se jactância de penalizar o infrator<sup>11</sup>.

Ocorre, assim, a eclosão de uma dissidência, onde o Estado tem a ambição de acoimar o delinquente, e este, conforme ditame de nossa Carta Magna, apresentará renitência à prosápia, com arrazoamento técnico.

---

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 76.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 76.

O que temos, assim, é nada mais do que o advento da lide penal. Pelo que determina a Constituição o desfecho dessa lide deve se dar pela atuação jurisdicional. Confira:

*CRFB/88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Essa mesma Constituição constitui os órgãos jurisdicionais que são responsáveis por desempenhar atribuições do Estado no decorrer da lide penal, como, por exemplo, o papel de promover a ação penal pública é incubido, privativamente, ao Ministério Público, conforme disposição do art. 129, inciso I, da Carta Magna.

A principal função do Estado, no entanto, é a de exercer o papel de Estado-juiz, e dar um término no embate, ao deslindar a ânsia do legislador contida nas normas vigentes no contexto fático.

Trazendo as palavras de Capez, que muito bem sintetiza a matéria:

*“Assim, o Estado-Juiz, no caso da lide penal, deverá dizer se o direito de punir procede ou não, e, no primeiro caso, em que intensidade pode ser satisfeito. É imprescindível a prestação jurisdicional para a solução do conflito de interesses na órbita penal, não se admitindo a aplicação de pena por meio da via administrativa. (...) Trata-se, pois, de jurisdição necessária, já que o ordenamento jurídico não confere aos titulares dos interesses em conflito a possibilidade, outorgada pelo direito privado, de aplicar espontaneamente o direito material na solução das controvérsias oriundas das relações da vida”<sup>12</sup>.*

A condição para que a jurisdição venha a solucionar a lide é a existência do processo penal, que tem por objetivo legitimar a pretensão do Estado de aplicar a lei. Em outras palavras, a atuação do Estado-juiz é condicionada ao processo penal.

---

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 77.

A definição que traz Aury Lopes Jr. sobre a ação processual penal é a seguinte: “é o poder político constitucional de invocar a atuação jurisdicional. Constitui o elemento de atividade (declaração petitória) da pretensão acusatória”<sup>13</sup>.

Para finalizar esse encetamento sobre a ação penal, é importante mencionar que ação não se confunde com processo. Conforme nos ensina o professor Aury, “o processo penal é um instrumento de retrospectão, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, e, como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”<sup>14</sup>.

Portanto, o processo liga-se essencialmente a uma natureza física, a uma existência material, ainda que se esteja falando de um procedimento a ser manuseado por meio eletrônico. Já a ação penal trata-se de uma ideia abstrata, intangível, embora seja bem delimitada e sua aplicação facilmente conspícua.

Cabe, agora, para prosseguirmos nosso estudo, uma digressão histórica quanto à ação penal, eis que é elemento indispensável para a confecção de uma pesquisa que busque a compressão de determinada situação jurídica.

## **2.1 – Histórico da Ação Penal**

A boa ciência jurídica observada na academia nos tem demonstrado que faz parte de uma melhor compreensão da natureza dos institutos penais, o estudo de sua evolução histórica.

O direito pátrio, como um todo, advém das instituições lusitanas, cujas raízes se prendem aos primeiros tempos da monarquia portuguesa, sucessora do domínio romano que perdurou por muito tempo, soterrado pela invasão bárbara e,

---

<sup>13</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 313.

<sup>14</sup> LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. p. 390.

sobretudo, visigótica, que imprimira notas características do direito germânico à vida jurídica de Espanha<sup>15</sup>.

Após, no decorrer dos séculos, a dúplici influência do direito canônico e do direito romano, revigorando no mundo ocidental, passou a incluir sobre os institutos processuais, alterando-lhes os contornos, modificando-lhes a índole e emprestando-lhes novos traços à estrutura. Tratou-se de um longo período durante o qual predominaram as lutas entre as justiça do rei, do povo, dos senhores feudais e da Igreja, culminando na unificação, cujos reflexos estritamente processuais assinalam o fundamento das principais instituições vigentes no Brasil em matéria criminal<sup>16</sup>.

Se a pureza das fontes foi algumas vezes violada pela ação plástica do virulento liberalismo do século passado, instituições que o gênio da história manipulara voltaram à tona, com novos nomes, depois de submergidas pelas bombásticas proclamações legislativas do primeiro império: a devassa, por exemplo, tornou à vida, como uma necessidade, no inquérito policial.

E, assim, foram as instituições resistindo às vicissitudes políticas para chegar até nossos dias como um exemplo do sabedoria dos séculos, que os legisladores devem respeitar.

Não incube, contudo, esgotar os minuciosos detalhes do direito processual penal em cada fase histórica. O estudo proposto pela presente monografia tem uma perspectiva voltada à questão da representação do ofendido, pelo que o enfoque a ser dado em cada um dos períodos será em relação à participação deste personagem na persecução penal.

Tomando por base as exposições de Mirabete sobre o histórico do processo penal<sup>17</sup>, podemos dividir a história do direito processual penal em quatro grandes momentos<sup>18</sup>. Vejamos, especificadamente, cada um deles.

---

<sup>15</sup> **MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2000. p. 34.

<sup>16</sup> **RUBIANES**. Carlos J. **Manual de derecho penal**. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1985. p. 11.

<sup>17</sup> Para formulação deste histórico, em seu manual de Processo Penal, o professor Julio Fabbrini Mirabete utiliza-se das anotações de três outros grandes mestres: Carlos J Rubianes, Fernando da Costa Tourinho Filho e José Roberto Barauna. Não se trata, portanto de registros primários. Utiliza-se, contudo, o professor reprodutor como base na presente exposição, pelo fato de atingir grande êxito na tarefa de compilar com coerência e desenvoltura os escritos feitas pelos demais professores.

### 2.1.1 - O processo penal e o ofendido na Grécia

Já vigorava na Grécia antiga uma distinção entre crimes privados e públicos, sendo que o ofendido detinha a faculdade para a repressão dos primeiros citados, que inclusive eram considerados de baixa relevância, já que somente atingiam bens puramente particulares. Sem que houvesse iniciativa por parte do ofendido, os tribunais não interviam em casos onde não se visualizava danos aos interesses sociais.<sup>19</sup> Esta situação se assemelha à inteligência que hoje temos na ação penal privada, que será visitada em tópico futuro.

O procedimento para apuração dos delitos tidos como privados primava pela oralidade e informalidade, não sendo necessários debates ou audiências públicas (comuns à época dada a existência da Assembleia do Povo) para decisão em sede de cognição exauriente. O apontamento feito pelo professor José Vicente Gimeno é preciso:

*“O processo que levava à condenação foi marcado pelos acusadores individuais, pela igualdade entre os que compunham a lide, além de ser proibido aos magistrados a influência na sede de instrução, cabendo tal fase somente às partes. Não era aceita a denominada vedação a denúncia anônima, como decorrência do ne procedat iudex ex officio, e havia previsão de sanção para a prática de denúncia caluniosa, onde os fatos narrados não refletiam a realidade. A acusação tinha desde o nascedouro a necessidade de indicar quais provas pretendiam produzir. Garantia-se o contraditório e a ampla defesa nos julgamentos realizados, que em sua essência eram públicos<sup>20</sup>” (tradução nossa).*

A maioria dos registros que se tem desta época trata dos crimes de maior relevância: nos quais se visualizavam dano direito aos interesses sociais, ao Estado ou crimes definidos como políticos. Nestes, existia a real necessidade de se

---

<sup>18</sup> **MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. p. 33

<sup>19</sup> **MIRABETE**, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 34

<sup>20</sup> *“Las características que marcaban el proceso que conducía a la condena: los acusadores particulares, la similitud entre las partes, y el vedamiento de los jueces influir en las pruebas, siendo pues, tarea de las partes. También la prohibición la denuncia anónima, como consecuencia del ne procedat iudex ex officio, y del castigo para aquel que cometiera una denuncia calumniosa, sin contar la necesidad de que la acusación apunte qué pruebas iban a utilizar, siendo los juicios públicos, con garantía del contradictorio y de la amplia defensa”.* **SENDRA**, José Vicente Gimeno. **Fundamentos Del Derecho Procesal**. Madri: S.L. Civitas. 1981. p. 190.

proceder à minuciosa apuração do cometimento do delito, não como paládio do acusado, mas sim pela amplidão do dano causado<sup>21</sup>.

Neste período, resta prejudicada uma análise aprofundada sobre o procedimento para apuração de crimes contra a liberdade sexual, eis que o cometimento de delitos que tinham como objeto tal bem jurídico, não era valorado tal como hoje. As mulheres, maiores vítimas de crimes desta natureza, sequer eram consideradas cidadãs, e aquelas que não eram escravas ou estrangeiras, tinham sua imagem diretamente ligada ao seu respectivo pai ou marido, pelo que uma violação à sua liberdade sexual, da forma que conhecemos hoje, seria, em primeiro lugar, um dano à honra destes<sup>22</sup>.

### 2.1.2 - O processo penal e o ofendido em Roma

Assim como na Grécia, prevalecia em Roma a divisão entre os crimes públicos, chamamos de *delicta publica*, e os crimes privados, os denominados *delicta privata*, sendo diferentes os órgãos competentes para o julgamento de cada um deles. No âmbito dos últimos citados, cabia ao Estado ser o responsável pelo fim da lide instaurada entre as partes, devendo observar, para tanto, os elementos probatórios apresentados por cada uma. Contudo, essa espécie de ação penal privada deixou de ser usada aos poucos, e o processo penal público evoluiu<sup>23</sup>. Esse processo é denominado por alguns autores de “*publicização dos delitos privados*”, cujo exemplo clássico é o da *iniuria*, a qual, a partir da *lex Cornelia de iniuriis*, passou a ser punida, em suas modalidades mais graves, como *crimen publicum*.

Isso, porém, não fez com que os delitos privados se extinguissem por completo. Na realidade, no período clássico, a evolução do Direito Romano chegou a generalizar a *compositio* como punição para todos os delitos privados. Disso resultou que o *delictum privatum*, já no direito clássico, figurasse como fonte de uma

---

<sup>21</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 34

<sup>22</sup> LIZE. Virna. **As mulheres da Grécia Antiga**. Revista de apoio ao aluno: vestibulares e enem. 2ª ed. Março de 2014. Disponível em: <http://aphonsiano.edu.br/mostrarConteudo/2014/03/as-mulheres-da-grecia-antiga.html>. Acesso em 06. nov. 2018.

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 35

determinada obrigação a ser cumprida pelo ofensor, qual seja, aquela de ressarcir sob a forma pecuniária os danos causados ao ofendido (*obligatio ex delicto*)<sup>24</sup>.

O professor Mirabete muito bem elucida a referida evolução do começo da monarquia ao último século da República, avanço este que culminou nas bases para o que hoje conhecemos como sistema inquisitivo:

*“Da ausência de qualquer limitação ao poder de julgar existente no começo da monarquia, em que nenhuma garantia era dada ao acusado (cognitio), passou-se com a “Lex Valeria de Provocatione”, ao “provocatio ad populum”, em que o condenado podia recorrer da condenação para o povo reunido em comício. Já na República surgiu a justiça centurial, em que as centurias, integradas por patrícios e plebeus, administraram a justiça penal em um procedimento oral e público e, excepcionalmente, os julgamentos pelo Senado, que a podia delegar aos questores.*

(...)

*Já no último século da República surgiu nova forma de procedimento: a “accusatio”, ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular, composto inicialmente por senadores e, depois, por cidadãos. No império, a accusatio foi, pouco a pouco, cedendo lugar a outra forma de procedimento: a “cognitio extra ordinem”, processo penal extraordinário, a cargo, no início, do Senado, depois ao imperador e, finalmente, outorgado ao praefectus urbis. Os poderes do Magistrado, diz Manzini, foram invadindo a esfera de atribuições já reservadas ao acusador privado a tal extremo que, em determinada época, se reunia no mesmo órgão do Estado (magistrado) as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz. (...) Pode-se apontar tal procedimento como a base primordial do chamado sistema inquisitivo”<sup>25</sup>.*

Nos períodos pré-clássico e clássico do Direito Romano, a *poena privata* possuía um caráter punitivo, tal qual a *poena publica*. Porém, no período mais primitivo, como ainda se apresentava insipiente a organização dos poderes públicos, cabia exclusivamente ao ofendido a punição dos atos que lesavam os seus interesses particulares. Como consequência, a represália ou vingança (*vindicta*) era exercida segundo o livre arbítrio do indivíduo cujos interesses foram prejudicados, não havendo limite quanto ao seu exercício, ou seja, quanto ao nível permitido de violência empregada para a retribuição.

Por outro lado, não era vedado o acordo entre ofendido e ofensor, os quais poderiam decidir por uma compensação pecuniária como punição alternativa à

---

<sup>24</sup> LEITE, Ricardo Savignani Alvares. **Delito público e delito privado: um breve estudo do homicídio culposo e da lesão corporal no direito romano**. IBCCRIM. Revista Liberdades. Edição Especial – Dez. 2011. p. 152-158.

<sup>25</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 34.

retaliação ou à vingança. Esta solução de caráter pecuniário recebeu a denominação de *pactio* ou *compositio*. Apesar de representar uma flexibilização, a decisão final continuava dependendo primordialmente do prejudicado e a este cabia exclusivamente a fixação do montante a ser pago a título de punição<sup>26</sup>.

Ficou estabelecida, desde a república romana, a existência de pena pecuniária para os casos de lesão corporal, as quais eram fixadas taxativamente na Lei das XII Tábuas. Posteriormente, com a evolução do Direito Romano, foi deixado ao arbítrio do juiz estabelecer o valor de tais penas, tendo como base, essencialmente, a intenção do agente, a gravidade do ato e o contexto em que foi praticado<sup>27</sup>.

Especificadamente em relação aos crimes contra a liberdade sexual no direito romano, a professora Kelly Canela, doutora pela Universidade de São Paulo (USP), desenvolveu uma complexa pesquisa no sentido de atingir algumas proposições da forma de como o crime de estupro era tratado por aquele ordenamento jurídico. O estudo aponta que o aludido delito era visto com maus olhos por aquela sociedade, apto a produzir entejo individual e social. O porte da mulher era alvo de um tétrico controle, principalmente quando se falava nas questões sexuais<sup>28</sup>.

Ainda, em acordo com o estudo citado, a sociedade romana prezava em grande estima pela castidade das mulheres ligadas à formação e criação da família, sendo que a violação desse encargo caracterizava-se como prática dos crimes de *stuprum voluntarium* e *adulterium*, buscando-se não à preservação da integridade da mulher, mas sim de uma ideia de honestidade feminina e a preservação dos bons costumes<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> **LEITE**, Ricardo Savignani Alvares. **Delito público e delito privado: um breve estudo do homicídio culposo e da lesão corporal no direito romano**. p. 160-162.

<sup>27</sup> **LEITE**, Ricardo Savignani Alvares. Op. cit. p. 162-165.

<sup>28</sup> **CANELA**, Kelly Cristina. **O estupro no direito romano**. 1ª ed. São Paulo: Cultura Acadêmica. 2012. p. 180.

<sup>29</sup> A explicação do professor Bitencourt é bem pontual e consegue distinguir com clareza a diferença entre essas duas espécies de delito: “os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes

Contudo, havia outro delito chamado de *stuprum per vim* onde se protegia, de fato, a mulher, mas com ressalvas: o ilícito só contemplava como vítimas a mulher ou o homem considerado livre<sup>30</sup>. Em resumo:

*“Quanto à proposta de reconstrução dos elementos constitutivos do crime, destacamos que o sujeito ativo, no tocante ao sistema processual com garantias constitucionais, era o homem livre. Os regramentos processuais utilizados para a repressão desse crime provavelmente foram aplicados apenas em relação às pessoas livres. Enquanto o sujeito passivo do crime de estupro voluntário podia ser apenas um grupo determinado de mulheres (viúva, casada e virgem), o estupro violento alcançava qualquer categoria de mulheres e de homens livres”<sup>31</sup>.*

E por falar em regramentos processuais para repressão do crime do estupro, a pesquisa citada indica pelo menos dois sistemas processuais cabíveis. O primeiro é o *crimen vis (legis de vi)*, próprio da República e do período justiniano<sup>32</sup>, ou seja, considerava-se o *stuprum per vim* como um crime de natureza pública, e, por isso, o desejo da vítima de persecução penal não influenciava em nada<sup>33</sup>. Ora, esse sistema vai de encontro ao fato do delito possuir grande reprovação no meio daquela sociedade, conforme já citado, sendo sua prática tão repugnante quanto um homicídio, gerando, assim, a pena de morte ao delinquente.

---

*sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a Lex Julia de adulteris (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir adulterius e stuprum, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do crimen vis, com a pena de morte”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a fé pública**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 48.*

<sup>30</sup> CANELA, Kelly Cristina. **O estupro no direito romano**. p. 181.

<sup>31</sup> CANELA, Kelly Cristina. Op. cit. p. 181

<sup>32</sup> O período justiniano foi marcado pelo acontecimento inverso do fenômeno da “*publicização dos delitos privados*”: a *iniuria* e delitos marcados pelo dano ao particular abandonam a categoria de delitos de direito público. LEITE, Ricardo Savignani Alvares. **Delito público e delito privado: um breve estudo do homicídio culposo e da lesão corporal no direito romano**. p. 150.

<sup>33</sup> CANELA, Kelly Cristina. Op. cit. p. 139.

O outro sistema, característico do início do Principado, reprimia a violência sexual, *extra ordinem*, por *iniuria*. A ideia, portanto, era a de cabia à vítima, exclusivamente, a manifestação de desejo de punição ao infrator, sendo possível a imposição de condenação de caráter pecuniário<sup>34</sup>.

É manifesto que o sistema jurídico brasileiro tem bases no direito romano, especialmente na área civil. Há de se pontuar que a observância da evolução dos valores protegidos nos ilícitos penais revela-se de grande valia para a boa compressão e afirmação de que um dispositivo legal destoa dos prolegômenos justificadores da tipificação e forma de punição dos delitos.

### **2.1.3 - O processo penal e o ofendido no direito germânico**

Progredindo na evolução da ação penal, chegamos no direito germânico. É claro que em se falando das nações europeias no período do crescimento do feudalismo, temos que reconhecer que cada sociedade adotava um padrão jurídico com diferenças pontuais. Mas podemos retirar algumas semelhanças: os crimes de natureza privada eram reprimidos pela própria vingança da vítima e a intervenção do Estado se dava em casos esparsos, sendo o rei, ou uma pessoa a ele relacionada, o juiz da causa. Os institutos das ordálias e dos juízos de Deus, que intentavam averiguar a inocência do acusado, foram fortalecidos nesse período<sup>35</sup>.

O que se tem registrado em relação ao crime de estupro<sup>36</sup> neste período é somente que era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. O crime de estupro não era consumado se a violência empregada fosse contra mulher “deflorada”.

---

<sup>34</sup> CANELA, Kelly Cristina. Op. cit. p. 183.

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 35.

<sup>36</sup> Assim como se tratou no direito romano, na parte histórica do presente trabalho dá-se ênfase ao sistema jurídico-processual em relação ao crime de estupro e não aos crimes contra liberdade sexual como um todo, pois os demais delitos deste gênero são relativamente recentes.

A pena para o delito era a decapitação, bem como seu autor podia ser enterrado vivo. Os detalhes em relação ao processamento de tais crimes não são concisos, pelo que se acredita que se seguia conforme os demais crimes, onde a vítima podia buscar a vingança ou a autoridade impunha a pena prevista.

#### **2.1.4 – O processo penal e o ofendido no direito canônico**

A passagem para o direito moderno foi caracterizada pela precedência do direito canônico, também chamado de Direito Penal da Igreja, onde o cristianismo exercia total influência sobre o sistema jurídico. É fato que o interesse da Igreja era o de perpetuar-se no poder, preservando os interesses religiosos de dominação. Assim, a figura da autoridade responsável pelo julgamento dos criminosos, como um todo, muitas das vezes se confundia com membros do clero (bispos, arcebispos, etc). Pecados bíblicos muitas das vezes eram também considerados como crimes passíveis de punição com morte<sup>37</sup>.

Nos primeiros séculos depois de Cristo, o instituto da acusação, que se cuidava de uma representação direta à autoridade responsável pela função jurisdicional, era indispensável para dar-se início ao processo. Contudo, após o século XII, privilegiou-se a denúncia anônima extinguiu-se a publicidade para delitos de natureza privada. Os institutos das ordálias e dos duelos também perderam sua força. Contudo, outros foram fortalecidos, tais como a tortura, o segredo, e até mesmo a inexistência de garantias processuais ao acusado. Cabe lembrar, ainda, que foi instalado chamado Santo Ofício, que exercia o papel de reprimir a heresia, o sortilégio, a bruxaria, entre outros delitos. Este órgão foi conhecido posteriormente como Tribunal de Inquisição<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 36.

<sup>38</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 36.

Conforme preconiza Tourinho Filho: "o sistema inquisitivo estabelecido pelos canonistas pouco a pouco dominou as legislações laicas da Europa Continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política"<sup>39</sup>.

Especificadamente em relação à liberdade sexual, temos que as mulheres eram tidas como amaldiçoadas e farjutas. O direito canônico atingiu repressões nunca antes cogitadas, e punia-se até o mero pensamento e o desejo. O crime de estupro só se consumava quanto cometido mediante violência e contra mulher que ainda não havia sido deflorada:

*"O estupro alcançava apenas o coito com mulher virgem e não casada, mas honesta. O stuprum violentum de publica, com a pena capital, onde se cortava a cabeça do endivido que cometesse tal crime, em praça publica"<sup>40</sup>.*

Assim como nos períodos passados, em razão da grande repulsa que o delito causava no meio da sociedade, o direito penal da Igreja previa a pena capital ao crime de estupro, praticado contra mulher virgem, que consistia na decapitação em praça pública, havendo registros de outras severas penas<sup>41</sup>.

Há claro reflexo dessa constatação na nossa sociedade contemporânea que igualmente vê com grande repulsa a prática desse crime. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça no ano de 2012, em julgamento de Recurso de Especial sob o rito das demandas repetitivas, estabeleceu que a prática dos crimes de estupro, ainda que em sua forma simples, e de atentado violento ao pudor (esse crime foi englobado ao tipo penal do estupro, conforme se verá em tópico próprio, sendo que o julgado que se transcreve analisava prática ocorrida ainda quando o crime ostentava valor jurídico próprio), configuram modalidades de crime hediondo porque o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e não a integridade física ou a vida da vítima. Confira o julgado:

---

<sup>39</sup> **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª ed. Volume 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

<sup>40</sup> **PRADO**, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial, vol. III**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p. 198.

<sup>41</sup> **PORTINHO**, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos**. História e-história. Rio Grande do Sul. 3 out. 2005 (atual.). Disponível em: Acesso em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11>. 13. nov. 2018.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA SIMPLES. CRIMES ANTERIORES À LEI Nº 12.015/09. CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA. 1. **Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo porque o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e não a integridade física ou a vida da vítima, sendo irrelevante, para tanto, que a prática dos ilícitos tenha resultado lesões corporais de natureza grave ou morte.** 2. **As lesões corporais e a morte são resultados que qualificam o crime, não constituindo, pois, elementos do tipo penal necessários ao reconhecimento do caráter hediondo do delito, que exsurge da gravidade mesma do crimes praticados contra a liberdade sexual e merecem tutela diferenciada, mais rigorosa. Precedentes do STJ e STF.** 3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para declarar a natureza hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes da edição da Lei nº 12.015/09, independentemente que tenham resultado lesões corporais de natureza grave ou morte. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1110520/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012) (o grifo é nosso).

Ainda, nas percepções do direito canônico, podemos afirmar que se havia uma dificuldade para considerar o homem como vítima do crime de estupro. Isso se dava, muito provavelmente, pelo pensamento predominante à época, raso, diga-se de passagem, de que homens eram superiores às mulheres, e por tal razão jamais poderia sofrer violência sexual. Por certo, as mulheres eram e são as maiores vítimas de crimes que envolvem a liberdade sexual. Mas deve-se pontuar que o regramento voltado à proteção de somente um gênero, deixa de abarcar o tipo penal como um todo, e fecha os olhos para danos a bens jurídicos de vítimas igualmente importantes, sendo o exemplo clássico a violência sexual ocorrida entre homossexuais.

## **2.2 – A ação penal no direito brasileiro**

Elaborada a evolução do processo penal, com as devidas considerações em cada um dos principais períodos citados, é de grande importância delinear o que se tem hoje no Brasil. O Código de Processo Penal é a principal fonte que traça os pontos essenciais para a compressão da matéria. Foi promulgado em 30 de outubro de 1941 como o Decreto-Lei nº. 3.689, e marcou a instalação da instrução penal com privilégio do contraditório, além de separar as funções julgadora e acusatória.

Com o decorrer do tempo, naturalmente sofreu diversas alterações, e grande parte do que se tem hoje se deu por reformas pontuais<sup>42</sup>.

Através da construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial, chegou-se ao conceito da ação penal, bem como às suas características e peculiaridades. Conforme discorre Capez, a ação penal “*é o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto*”. Complementa afirmando que também pode ser definida como o direito público subjetivo do Estado-Administração de requerer ao Estado- Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva<sup>43</sup>.

É importante citar que a ação penal não se confunde com o direito material que nela se tutela. São campos diferentes, sendo, portanto, chamada de direito autônomo. Ainda, para o exercício do direito da ação, independe o seu resultado final, pelo que se caracteriza como um direito abstrato e subjetivo. Por fim, dado o caráter público dos órgãos jurisdicionais, conforme prevê a CF (art. 37 e ss), a ação penal também adquire natureza pública<sup>44</sup>.

### **2.2.1 – Espécies de Ação Penal**

Aqui começamos a entrar no cerne da questão desta monografia. Normalmente, os manuais de direito processual penal tratam da matéria expondo os pontos básicos, eis que não possuem o papel de esgotar todas as polêmicas que envolvem os institutos. Como este trabalho tem por escopo indicar soluções possíveis para um imbróglío que provavelmente será discutido nos tribunais superiores, cabe uma abordagem mais aprofundada.

Tradicionalmente classifica-se a espécie da ação processual em acordo com a natureza do provimento jurisdicional invocado, podendo ser de conhecimento,

---

<sup>42</sup> **MIRABETE**, Julio Fabbrini. Op. cit. p. 37.

<sup>43</sup> **CAPEZ**, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 201.

<sup>44</sup> **CAPEZ**, Fernando. Op. Cit. p. 201.

cautelar ou execução. Contudo, a área penal destoa e possui uma divisão própria em acordo com o sujeito que detém a sua titularidade, sendo, portanto, uma categorização subjetiva<sup>45</sup>.

Indo por partes, temos que a ação penal poderá ser pública, se promovida pelo Ministério Público, ou privada, quando pela própria vítima ou seu representante legal. É a inferência retirada do art. 100 do Código Penal:

***Ação pública e de iniciativa privada***

*Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).*

Cabe entender porque o legislador quis distinguir ambas ações, ou seja, porque criou a exceção da ação penal privada, legitimando o particular a requerer do Estado-Juiz a aplicação das normas existentes. E, principalmente, entender o porque da existência de uma subclassificação no campo da ação penal pública, conforme se verá abaixo, que traz o instituto da representação.

Em relação à de natureza pública, tornando rígido o que já dispunha o § 1º acima transcrito, a Constituição estabelece que o Ministério Público detém a exclusividade de sua promoção, vide art. 129, inciso I:

*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

*I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

Essa disposição da constituição extinguiu de vez a possibilidade da AP *ex officio*, onde o próprio julgador ou a autoridade policial detinha a titularidade da ação. A ação penal pública é a regra, conforme o *caput* do art. 100 do CP, já transcrito, e a

---

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 201

de natureza privada trata-se de exceção que o legislador estabeleceu de modo a deferir à vítima a titularidade da AP. Isso ocorre quando os interesses do próprio ofendido sobrelevam os sociais na repressão à infração penal cometida<sup>46</sup>.

Esta ação penal pública subdivide-se em incondicionada e condicionada. O primeiro caso reflete a regra geral onde o MP, tendo a prova de existência de crime, bem como indícios suficientes de sua autoria, obtidos através do inquérito policial ou de outros elementos informativos idôneos, tem a obrigação de ingressar com a AP. Nas palavras do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, o MP não detém juízo de discricionariedade sobre a conveniência da AP:

*“Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal”<sup>47</sup>.*

No segundo caso, em se falando de ação penal pública condicionada, estamos ligados à uma condição de procedibilidade onde a lei estabelece que, embora o MP esteja legitimado com a titularidade da ação, seu trabalho depende de requisição ou representação. É o art. 24 do CPP que prevê essa possibilidade:

*Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.*

*§ 1º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993).*

*§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública. (Incluído pela Lei nº 8.699, de 27.8.1993).*

Conforme o professor Mirabete, a ação pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça tem sua razão de ser no atendimento às razões de ordem política que a subordinam a um pronunciamento discricionário do ministro. Esta requisição é irrevogável (assim entendida pela ausência de previsão de revogação)

---

<sup>46</sup> **MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 642.

<sup>47</sup> **OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 114-115.

e não exige forma especial, sendo dirigida a autoridade policial, ao juiz ou ao próprio MP, e trata-se de uma condição suspensiva de procedibilidade<sup>48</sup>.

No silêncio da lei, entende-se que a requisição pode ser oferecida a qualquer tempo, enquanto não extinta a punibilidade do agente. A requisição não condiciona obrigatoriamente a propositura da ação pelo MP, que está submetido apenas ao princípio da legalidade<sup>49</sup>. Conforme o CP, a requisição é exigida em poucos crimes e também ocorridos em menor escala, como, por exemplo, nos crimes contra a honra quando o ofendido é o Presidente da República ou um chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único).

Pela grande importância do instituto da representação para este trabalho, será aberto um subtópico específico para fazer alguns apontamentos. No entanto, aqui cabem algumas considerações sobre a ação pública condicionada à representação do ofendido. Destarte, para a apuração de determinados delitos, a lei faz depender expressamente a ação penal pública da representação do ofendido, que é a manifestação da vítima ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a oferecer a denúncia, constituindo-se também em condição suspensiva de procedibilidade. É ela necessária, inclusive, para a instauração do inquérito policial (*delatio criminis postulatória*)<sup>50</sup>.

A imposição legal deriva no fato de que, por vezes, o interesse do ofendido se sobrepõe ao público na repressão ao ilícito de que foi vítima, quando o processo pode acarretar-lhe males maiores daqueles resultantes da infração (*strepitus iudicii*). “O condicionamento da ação visa a evitar o chamado *strepitus iudicii*, isto é, o alarde processual sobre fatos que envolvem a intimidade das vítimas

---

<sup>48</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 10ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 135.

<sup>49</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. p. 136.

<sup>50</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. p. 136-137.

de crimes sexuais. Argumenta-se que a exposição suportada pela vítima pode lhe causar constrangimento mais severo que o próprio crime”<sup>51</sup>.

Dependem de representação os crimes previstos assim explicitamente no Código Penal ou em leis especiais<sup>52</sup>. Pode ser a representação dirigida à autoridade policial, ao juiz ou ao MP, conforme art. 39 do CPP<sup>53</sup>.

Há embate doutrinário jurisprudencial e doutrinário em relação ao MP poder ou não oferecer a denúncia contra co-autores ou partícipes do crime ainda que não referidos na representação. Os doutrinadores e tribunais<sup>54</sup> com visões mais garantistas afirmam que a AP não pode atingir aqueles que não foram citados na representação. Entre esses autores, se destaca Sergio Demoro, que tem um posicionamento enfático ao arguir que a falta de menção à um dos autores ou partícipes na representação quer dizer em renúncia tácita ao exercício do direito de ação, o que se estende a todos os demais, semelhante ao que acontece na ação penal privada.

O autor expõe que faltaria a condição requerida pela lei para que o MP ingressasse com a ação, e caso intentasse mesmo assim, é o caso de rejeição da inicial nos termos do art. 43, inciso III do Código de Processo Penal. Afirma, ainda, que não pode órgão ministerial, substituindo-se ao ofendido, acrescentar, mediante aditamento, um nome que o ofendido não deseja ver processado, não importando o

---

<sup>51</sup> **GILABERTE**, Bruno. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2014. p. 14.

<sup>52</sup> São exemplos de crimes onde se procede mediante ação pública condicionada: Perigo de contágio venéreo (art. 130, CP), ameaça (art. 147, CP), violação de correspondência comercial (art. 152, CP), divulgação de segredo (art. 153, CP), furto de coisa comum (art. 156, CP), a lesão corporal culposa no trânsito (art. 303, da Lei nº. 9.503 de 1997), entre outros.

<sup>53</sup> CPP, Art. 39. *O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.*

<sup>54</sup> TJSP: “*Ilegítima é a atuação do Ministério Público oferecendo denúncia por sedução contra quem não foi objeto de representação por parte da ofendida, acarretando o recebimento daquele constrangimento ilegal*”. No mesmo sentido, TJSP: RT 493/291, RJTJESP 42/368.

motivo. Conforme Demoro “a ação penal não é vingança ou mero capricho do particular; ou todos são processados ou nenhum sê-lo-á”<sup>55</sup>.

Os tribunais<sup>56</sup> e doutrinadores que defendem o segundo pensamento entendem deve-se observar o fenômeno processual da “*eficácia objetiva da representação*”, ou seja, se o ofendido, por ocasião da representação, vier a omitir um dos autores ou partícipes, pode o Ministério Público incluir na acusação os excluídos. Em outras palavras, não falta condição de procedibilidade em relação aos coautores e partícipes não mencionados na representação, eis que a lei não prevê formalidade para sua realização ou impõe a decadência do direito de ação a estes, mas tão somente indica que a vítima deve exteriorizar a ânsia de ver a lei aplicada. Neste sentido temos o professor Guilherme Nucci:

*“Apresentando-a contra um dos coautores ou partícipes, serve de base contra todos, legitimando o Ministério Público a oferecer denúncia contra todos os agentes. Decorre tal situação da obrigatoriedade da ação penal pública, razão pela qual não deve o Ministério Público escolher qual dos vários coautores merece e qual não merece ser processado. Alguns autores invocam a indivisibilidade da ação penal, embora preferamos invocar a obrigatoriedade. O promotor, dispondo de autorização para agir contra um, em crime da ação pública condicionada, está, automaticamente, legitimado a apurar os fatos e agir contra todos. Pensamos que indivisibilidade da ação penal é mais apropriada para o contexto da ação privada, quando a vítima pode optar, livremente, entre ajuizá-la ou não, prevalecendo o princípio da oportunidade. E, nesta situação, porque a eleição é feita pela parte ofendida, atendendo a critérios discricionários, impõe o Estado que, promovida contra um, seja também ajuizada contra os outros, para que não haja a indevida prevalência da vingança ou de acordos despropositados e desonestos. O promotor, por sua vez, que deve sempre agir contra todos os que cometem delitos de ação pública, legitimado a fazê-lo contra um, está obrigado a agir contra os demais”<sup>57</sup>.*

Aqui vemos o STJ optando por esse último posicionamento, entendendo que não há a necessidade da citação de todos envolvidos na representação:

---

<sup>55</sup> **HAMILTON DEMORO**, Sergio. **Estudos de Processo Penal 4ª Série**. São Paulo: Lumen Iuris. 2012. p. 113.

<sup>56</sup> STF: “A representação, no caso, não tem sua validade condicionada à indicação de todos os coautores do crime. Pode o MP agir contra o comparsa ou participante que veio a ser conhecido após a representação daquela peça pelo ofendido” (RTJ 79/406).

<sup>57</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 134

CRIMINAL. HC. CALÚNIA. REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO DOS ENVOLVIDOS. DESNECESSIDADE. ATO INFORMAL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. MATÉRIA FÁTICA. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que a representação omite um dos envolvidos no evento delituoso. II. A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de não se exigir formalidades ao exercício do direito de representação, predominando a idéia de informalidade do ato, sendo bastante a manifestação do desejo de processar, conforme ocorrido in casu. III. No momento em que se exerce o direito de representação, não se exige a narrativa completa do fato e nem a indicação de todos os envolvidos no evento, dada a sua eficácia objetiva e subjetiva. IV; Se a representação é instituída em benefício da vítima e independe de formalidades, vale ela contra todos os autores do ilícito, ainda que não constem seus nomes da peça, salvo se houve restrição expressa do ofendido. V. Ausência de decadência do direito de representação, dada a regularidade da promoção exercida dentro do prazo fatal de seis meses. VI. Denúncia que imputou ao paciente a prática do delito de calúnia cometido contra Promotor de Justiça. VII. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas in casu. VIII. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória. IX. Ordem denegada. (STJ - HC: 57200 RS 2006/0074124-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 03/10/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.10.2006 p. 348)

Embora seja a posição predominante nos tribunais e na doutrina, entendemos que, neste caso, é mais sensata os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, que tenta juntar ambas teorias e criar uma mista. Segundo o autor, na hipótese de crime praticado em coautoria, mas a representação se referir a somente um autor, o MP não pode denunciar os outros pois lhe cabe fiscalizar a indivisibilidade da ação<sup>58</sup>, ouvindo a vítima e indagando sobre a representação contra ambos. Se o ofendido diz que só quer representar contra um, isso significa renúncia em relação ao outro e havendo renúncia para um dos coautores, estende

---

<sup>58</sup> STJ entendendo pela inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade na ação: Na ação penal pública, o MP não está obrigado a denunciar todos os envolvidos no fato tido por delituoso, não se podendo falar em arquivamento implícito em relação a quem não foi denunciado. Isso porque, nessas demandas, não vigora o princípio da indivisibilidade. Assim, o Parquet é livre para formar sua convicção incluindo na increpação as pessoas que entenda terem praticados ilícitos penais, mediante a constatação de indícios de autoria e materialidade. Ademais, há possibilidade de se aditar a denúncia até a sentença. Precedentes citados: REsp 1.255.224-RJ, Quinta Turma, DJe 7/3/2014; APn 382-RR, Corte Especial, DJe 5/10/2011; e RHC 15.764-SP, Sexta Turma, DJ 6/2/2006. RHC 34.233-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/5/2014.

para todos, isto é, extinção da punibilidade para todos. Caso a vítima reconheça o equívoco e represente também em relação ao outro, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia contra todos (desde que haja justa causa em relação a todos)<sup>59</sup>.

Prosseguindo, a representação do ofendido não obriga à denúncia pelo MP, que pode entender que se trate de fato atípico, que não há indícios de autoria ou de materialidade, entre outros fatores, e levar ao requerimento do arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Ainda, o MP pode requisitar diligências à autoridade policial, oferecer denúncia com qualificação diversa da capitulada na representação. O art. 564, inciso III, alínea a, do CPP<sup>60</sup> leva à dicção de que a falta de representação, quando é exigida, é causa de nulidade absoluta do processo, embora suas omissões possam ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (autorização do art. 569<sup>61</sup>).

A representação não exige forma especial. Tratando-se de fato criminoso que se apura mediante ação penal pública, não pode o ofendido propor a queixa por falta de legitimidade *ad causam*. Contudo, em caso de inércia do parquet, surge a possibilidade do ingresso de uma ação pela própria vítima: é a ação penal privada subsidiária à pública, outra espécie de AP. É também chamada de ação supletiva, e passou a ser garantida constitucionalmente<sup>62</sup>. Pode ser intentada pelo ofendido ou

---

<sup>59</sup> **GOMES**, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p. 67.

<sup>60</sup> CPP - Art. 564. *A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante.*

<sup>61</sup> CPP – Art. 569. *As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.*

<sup>62</sup> CF – Art. 5º, LIX - *será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*. Em razão do dispositivo constitucional não criar exceções, passou a ser admitida ação penal subsidiária à pública nos crimes previstos legislação especial (Lei de Falências, Código Eleitoral, Código Penal Militar, etc). **MIRABETE**. Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. p. 150.

seu representante legal nos crimes de ação pública na hipótese em que o MP não oferece a denúncia no prazo legal. Não está se dizendo que, esgotado o prazo do MP para o oferecimento da denúncia, não pode ser intentada a ação pública a qualquer tempo, e sim que se faculta à vítima a substituição pela ação privada inércia do membro do Parquet.

A inércia do MP é caracterizada quando no prazo que lhe é concedido para oferecer a denúncia, não a apresenta, não requer diligência, nem pede o arquivamento. Ela é cabível porém, se foi proposta após o pedido de arquivamento, mas antes de ser apreciado este pelo juiz ou se houve pedido de arquivamento implícito quanto a determinado crime e sem arquivamento expresso do juiz<sup>63</sup>.

Transcorridos seis meses da abertura da possibilidade de ingresso da ação penal privada subsidiária, esse direito cessa ao ofendido, ocorrendo a decadência do direito de ação, chamada de decadência imprópria, eis que não gera a extinção da punibilidade, já que o MP continua legitimado para o ingresso da ação<sup>64</sup>.

Por fim, cabe falarmos sobre a última espécie: a ação privada. Sua justificativa advém do fato de que, em determinadas hipóteses, o interesse público da repressão criminal é sobreposto pelo interesse particular. Cabe ao titular do direito de agir a faculdade de propor, ou não, a ação privada, segundo sua conveniência, não se podendo sequer instaurar inquérito policial ou lavrar-se auto de prisão em flagrante sem sua iniciativa.

Havendo concurso de crime no qual um deles é de ação penal pública e outro de ação penal de iniciativa privada, a queixa deve ser oferecida conjuntamente com a denúncia, em litisconsórcio ativo<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> **MIRABETE.** Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial.** p. 150.

<sup>64</sup> Art. 38. *Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.*

<sup>65</sup> **MIRABETE.** Julio Fabbrini. Op. cit. p. 154-155.

O legitimado para ingresso da ação privada é o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo. Este é o titular do interesse jurídico lesado ou posto em perigo pela conduta criminosa. Nos chamados crimes pluriofensivos é possível que haja mais de um sujeito passivo do crime. São representantes do ofendido os pais, tutores e curadores, segundo dispõe a lei civil<sup>66</sup>. As pessoas jurídicas são representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

Encontra-se nos tribunais superiores algumas jurisprudências antigas e esparsas no sentido do MP possuir legitimidade para o ingresso da ação penal privada no caso de vítima com situação socioeconômica precária, conforme o julgado abaixo:

PENAL: ROUBO - LATROCÍNIO - CRIME CONTINUADO - TEORIA MONISTA - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CONCURSO MATERIAL - ATESTADO DE MISERABILIDADE - PEÇA DISPENSÁVEL QUANDO FLAGRANTE A FALTA DE CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRA DA VÍTIMA EM PROMOVER A AÇÃO PRIVADA - LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MP COMO TITULAR DA AÇÃO PENAL - RECURSOS CONHECIDOS, PROVIDO O DO MP E IMPROVIDO O DA DEFESA. NA CONTINUIDADE DELITIVA TEM-SE COMO ELEMENTO CONFIGURADOR INDISPENSÁVEL A EXISTÊNCIA DE CRIMES DA MESMA ESPÉCIE, ASSIM, NO CASO CONCRETO O ESTUPRO E O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NÃO PODEM SER ALCANÇADOS PELO INSTITUTO DO ARTIGO 71, DO CPB. EM SEDE DE CO-AUTORIA QUEM DE QUALQUER MODO CONTRIBUI PARA O CRIME INCIDE NAS PENAS A ESTE COMINADAS, DE SORTE QUE NO CRIME DE LATROCÍNIO É IRRELEVANTE SABER-SE QUEM DISPAROU O TIRO QUE MATOU A VÍTIMA, POIS TODOS OS AGENTES ASSUMIRAM O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO MORTE. **TEM O MP LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A AÇÃO PENAL PRIVADA FACE À PRECÁRIA SITUAÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DA VÍTIMA. RECURSO DO MP PROVIDO. IMPROVIDO O DA DEFESA.** APR1694596 - (0016945-38.1996.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça 20/02/1997. 1ª Turma Criminal. Rel. P. A. ROSA DE FARIAS, TJDF (o grifo é nosso).

O entendimento exposto é minoritário, mas é sempre válido destacarmos sua existência, já que encontra bases jurídicas sólidas. Ora, sabe-se que o MP tem a competência exclusiva para a propositura de ação penal pública.

---

<sup>66</sup> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Se o particular tem possuí situação econômica precária e não pode exercer o direito de ação por si próprio, somado ao fato de que a Defensoria Pública não é uma instituição consolidada no país, porque não estender aos promotores a incumbência de proteção desta parte da população considerada vulnerável?

Aqui concluímos que são quatro as espécies de ações penais: a pública condicionada ou incondicionada, e a privada exclusiva ou subsidiária, cada uma com suas respectivas particularidades. Temos por bem finalizar esse subtópico, que trata sobre as espécies da AP, com essa acertada síntese que faz o professor Fernando Capez:

*“Essa divisão atende a razões de exclusiva política criminal. Há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse geral. Por isso, são puníveis mediante ação pública incondicionada. Outros que, afetando imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediatamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública (do Ministério Público), mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do ministro da justiça, conforme for. São as hipóteses de ação penal pública condicionada. Há outros que, por sua vez, atingem imediata e profundamente o interesse do sujeito passivo da infração. Na maioria desses casos, pela própria natureza do crime, a instrução probatória fica, quase que por inteiro, na dependência do concurso do ofendido. Em face disso, o Estado lhe confere o próprio direito de ação, conquanto mantenha para si o direito de punir, a fim de evitar que a intimidade, devassada pela infração, venha a sê-lo novamente (e muitas vezes com maior intensidade, dada a amplitude do debate judicial) pelo processo. São os casos de ação penal privada. A ação penal pública é a regra geral, sendo a privada, a exceção (CP, art. 100, caput). Dentro dessa regra generalíssima, há outra exceção, que é dada pelos casos de ação pública condicionada, que também estão expressamente previstos em lei (CP, art. 100, § 1º; CPP, art. 24). Assim, não havendo expressa disposição legal sobre a forma de se proceder, a ação será pública (incondicionada); se houver, a ação será pública condicionada, ou, então, privada, conforme o caso<sup>67</sup>”.*

É importante compreender essa divisão e as razões políticas criminais que a justificam, eis que o objetivo deste trabalho é justamente o de analisar ser acertada ou não, em acordo com a CF, a decisão legislativa de colocar os crimes contra a liberdade sexual como matéria de ação penal incondicionada, acabando com a necessidade de a vítima proceder mediante a representação para o início da persecução penal.

---

<sup>67</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit.. Pg. 202

## 2.2.2 – A representação

Convém-nos falar agora especificadamente em relação à ação penal pública condicionada e a representação, um dos pontos centrais do tema abordado no presente trabalho. Conforme já citado, Mirabete aponta que a justificativa para a separação de duas espécies de ação penal pública reside no fato de que em alguns crimes o interesse do ofendido se sobrepõe ao público, eis que o processo lhe acarreta males maiores daqueles resultantes da infração, sendo um dos casos de positividade do *strepitus iudicii*, uma expressão em latim que se relaciona a acontecimentos de natureza íntima, objetos de uma ação judicial<sup>68</sup>.

Deve ficar claro que o *strepitus iudicii* também é mencionado quando se fala em ação penal privada, porém esta não pode ser utilizada em substituição da ação penal pública. Ambas ações não se confundem, sendo que o STF já sedimentou que para os crimes previstos mediante ação penal pública, é inviável que a persecução penal se dê mediante ação privada. Apesar de serem parecidas, elas não se confundem. A diferença pontual é que na ação penal pública condicionada à representação o interesse privado prevalece sobre o interesse público na repressão ao ilícito de que foi vítima, quando o processo acarretar-lhe males maiores daqueles resultantes da infração<sup>69</sup>, enquanto na ação privada o interesse público é sobreposto de plano, ou seja, não há grande repulsa da sociedade em relação ao delito.

A representação da vítima consiste na delação autorizadora de o MP incoar, ou não, ação penal de natureza condenatória, sendo condição de exercício da *persecutio criminis*, nos casos marcados pela lei. Assim, tradicionalmente a doutrina afirma que possui natureza de condição de procedibilidade. Conforme preconiza o professor Nestor Távora:

*“nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, ou seja, naqueles em que o legislador, por uma questão de política criminal, conferiu à vítima o poder de autorizar ou não a persecução criminal, se ela resolve fazê-lo, noticiando o fato para que o inquérito seja instaurado, estará repre-*

---

<sup>68</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. Op. cit. p. 136.

<sup>69</sup> MIRABETE. Julio Fabbrini. Op. cit. p. 154.

*sentando. A representação funciona como verdadeira condição de procedibilidade, e sem ela, o inquérito não poderá ser instaurado. E se for? A vítima poderá impetrar mandado de segurança para trancá-lo, afinal é latente a violação de direito líquido e certo do ofendido de não ver iniciada a investigação sem sua autorização<sup>70</sup>.*

Conforme mencionado, no trecho transcrito, a ausência da representação pode embasar a impetração de mandado de segurança. Portanto, a representação é mais um direito a ser exercido unicamente pela vítima.

Nesse sentido, em um panorama de Estado Democrático de Direito, a representação deve ser olhada, em primeiro lugar, como um benefício à vítima, e, portanto, consideramos ser mais adequado afirmar que sua natureza jurídica é de garantia processual do ofendido.

Isso não quer dizer que não consideramos a representação como condição de procedibilidade do processo, como tradicionalmente tratam os autores, mas somente queremos reforçar a razão de política criminal que cria a ação penal pública condicionada: o interesse do privado sobreposto ao interesse público. Ora, a preservação da intimidade da vítima foi colocada em primeiro lugar, já que em muitos casos, o constrangimento de reconstruir os fatos já passados e expor a intimidade em juízo ou na delegacia é mais desgastante do que a própria impunidade do criminoso, pelo que, nem mesmo o auto de prisão em flagrante poderá ser lavrado sem que a vítima autorize<sup>71</sup>.

No âmbito da ação penal pública condicionada, uma discussão travada nos tribunais e na doutrina de enorme repercussão refere-se à representação no crime de lesão corporal de natureza leve à luz da Lei nº. 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. O embate instaurou-se pois o art. 89 da Lei nº. 9.099 de 1995, chamada de Lei dos Juizados Especiais passou a exigir a representação da vítima em crimes dessa natureza, transformando a ação, que antes era de natureza pública incondicionada, em condicionada à representação. Em contrapartida, o art. 41 da Lei nº. 11.340 de 2006 prevê que as disposições relativas aos Juizados Especiais são inaplicáveis em casos de agressões domésticas e familiar contra a mulher. Assim, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que a

---

<sup>70</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. atual. ampl. Salvador. Editora Jus Podivum. 2016. p. 168.

<sup>71</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 314

vedação trazida pela Lei Maria da Penha referia-se somente aos institutos despenalizadores e à aplicação do rito sumaríssimo, deixando de fora a matéria relativa à titularidade da ação penal.

Firme nesse primeiro posicionamento, em 2010 o STJ firmou entendimento que em caso de lesão corporal de natureza leve contra a mulher, a respectiva persecução criminal dependia da representação da vítima. Confira:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA. 1. **A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.** 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1097042/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010)

Não foi esse, contudo, o entendimento a que chegou o STF. Diametralmente se opondo a essa corrente, os ministros da corte constitucional firmaram posicionamento de que em caso de lesão leve em âmbitos domésticos e familiares, a ação cabível é a pública incondicionada, sem necessidade de aquiescência por parte da vítima. De outro lado, quando o crime cometido não se tratar “lesão corporal leve” (cuja previsão de exigência de representação está na Lei nº 9.099/1995 e foi entendida como de ação penal pública incondicionada quando cometida na seara doméstica e familiar), mas de outros delitos cometidos de ação penal pública condicionada previstos no Código Penal ou em outras leis, porém cometidos no âmbito familiar, persiste, segundo o STF, a necessidade de representação, aplicando-se o art. 16, da Lei Maria da Penha. De tal forma, para crimes como de ameaça (art. 147, CP), a ação é pública condicionada:

AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. **A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada** – considerações. (...) *Não se coaduna com a razoabilidade, não se coaduna com a proporcionalidade, deixar a atuação estatal a critério da vítima, a critério da mulher, cuja espontânea manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias. Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no*

*que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade, fazendo-o – e ao menos se previu de forma limitada a oportunidade – antes do recebimento da denúncia, condicionando-se, segundo o preceito do artigo 16 da Lei em comento, o ato à audiência do Ministério Público. Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão (...).* (ADI 4424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares. (ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014)

Info 654. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em controle concentrado de constitucionalidade, que o tratamento conferido pela Lei Maria da Penha à mulher representa efetivação do princípio da isonomia. Com base neste entendimento, diplomas normativos vêm sendo editados com o intuito de concretizar os objetivos da Lei, criando instrumentos de atendimento à mulher em situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, editou-se o Decreto nº 8.086/2013, que institui o “Programa Mulher: Viver sem Violência que objetiva integrar e ampliar os serviços públicos existentes voltados às mulheres em situação de violência, mediante a articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da rede socioassistencial e da promoção da autonomia financeira”.

Conforme se observa no julgamento da ADI 4424, o STF ponderou a situação de vulnerabilidade da mulher no âmbito de uma relação abusiva, onde sua manifestação em detrimento do agressor lhe geraria retaliações, e poderia fazer com que, inclusive, a representação viesse a ser retratada. Portanto, ao se admitir que nessa situação deveria se impor a necessidade de representação da ofendida, privilegiar-se-ia a impunidade dos agressores, eis que na maioria das vezes a

mulher, no momento de proceder a representação ou de confirma-la, se veria em uma situação de medo e insegurança.

Se somarmos esse entendimento à constatação de que a representação é dispensável nos casos de crimes sexuais contra vulneráveis, obtida pela antiga redação do artigo 225<sup>72</sup>, que fora dada pela Lei nº. 12.015 de 2009, podemos chegar a seguinte conclusão: pelo fato do exercício da representação exigir plena capacidade intelectual da vítima (que não está presente nos casos em que há sanidade mental plena, afligida, contudo, com sentimentos advindos dos laços de afetuosidade com o agressor), esta não pode ser exigida para que a persecução penal se dê início em casa de vítima que de alguma forma seja considerada como vulnerável.

Dando continuidade, a representação, ofertada pela vítima, por seu representante ou por procurador com poderes especiais (não precisa ser advogado), pode ser destinada à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao próprio juiz. Nestas duas últimas hipóteses, será remetida a autoridade policial para que esta proceda a inquérito (art. 39, § 4º, CPP). Nada impede que em havendo lastro probatório embasando a representação e apto a viabilizar o exercício da ação, que o magistrado a remeta diretamente ao MP. Já se o Parquet entende que evidentemente não se trata de infração penal, caberá a promoção do arquivamento da representação<sup>73</sup>.

Conforme entendimento já pacífico no STF, a representação é peça sem rigor formal, e pode ser apresentada oralmente ou por escrito (art. 39, CPP), tanto na delegacia, quanto perante o magistrado ou o membro do Ministério Público. O

---

<sup>72</sup> CP – Antiga redação do Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Entenda-se vulneráveis como: menores de 14 anos; todos os que por enfermidade ou deficiência mental não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual; os que, por qualquer outra causa (diversa da etária ou mental), não podem oferecer resistência (pessoas com incapacidades físicas de mobilidade e fala, embora maiores e mentalmente sãs; pessoas idosas fisicamente incapacitadas e dependentes de terceiros, embora mentalmente sadias, etc.).

<sup>73</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 308.

importante é que a vítima revele o interesse claro e inequívoco de ver o autor do fato processado<sup>74</sup>.

A representação deve ser ofertada, como regra, no prazo de seis meses do conhecimento da autoria da infração penal, isto é, de quando a vítima toma ciência de quem foi o responsável pelo delito. Assim, o dia em que o ofendido toma conhecimento de quem seja o infrator já é o primeiro dia para representar. Por ser prazo de natureza decadencial, é contado na forma do art. 10 do CP, ou seja, inclui-se o dia do início e exclui-se o do vencimento. Este prazo também não se interrompe, não se suspende nem se prorroga. Caso se encerre em final de semana ou feriado, a vítima deverá representar à autoridade que esteja de plantão, afinal, não haverá prorrogação para o primeiro dia útil subsequente<sup>75</sup>.

Deve-se pontuar que são irrelevantes para o seu decurso questões supervenientes relativas à desclassificação do delito, inicialmente tipificado como de ação pública incondicionada e, durante o processo, enquadrado como de ação pública condicionada, dependente de manifestação da vítima. Se o ofendido não tiver ofertado representação, admitida sem apego formal, no prazo de seis meses contados da ciência da autoria do delito, incidirá a decadência, como causa extintiva da punibilidade. Por outro lado, deve-se advertir que se o ofendido tiver, durante a investigação preliminar ou o processo manifestado o desejo inequívoco de ver processado o autor do fato, deve-se entender como existente a representação mesmo diante da desclassificação da infração penal (a exemplo da de lesão corporal grave para a de lesão leve).

Conforme exposto no tópico interior, o direito de representação só pode ser exercido pelo ofendido ou por quem tiver qualidade para representá-lo. Sendo a vítima menor ou incapaz, tem capacidade processual (*legitimação ad processum*) para a representação as pessoas mencionadas no art. 932 do Código Civil: pais,

---

<sup>74</sup> A validade da representação da genitora da vítima, nos termos do revogado art. 225, § 2º, do Código Penal - CP, dispensa rigor formal, bastando a demonstração do inequívoco interesse da persecução penal. No caso em tela, as condutas imputadas ao réu foram apuradas a partir da representação, inclusive com o depoimento da própria. (RHC 131539, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 09/12/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11/12/2015 PUBLIC 14/12/2015)

<sup>75</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 309.

tutores ou curadores, ou, na ausência destes, o curador especial, nomeado pelo juiz. O direito de representação também pode ser exercido por procurador (do ofendido ou do seu representante) com poderes especiais, mediante manifestação escrita ou oral<sup>76</sup>.

Importante ressaltar que o MP, após realizada a representação, analisa se estão presentes os requisitos legais, para só então oferecer a denúncia. A representação é uma autorização e um pedido para que a persecução seja instaurada, não tratando-se de ordem e nem vinculando o MP, que pode, inclusive, em sua peça acusatória, enquadrar a conduta delituosa em dispositivo legal diverso daquele eventualmente apontado pela vítima, ou até mesmo, assim entendendo, promover o arquivamento. O que se está a indicar é que o MP tem liberdade para realizar o enquadramento típico dos fatos pelos quais a vítima representou<sup>77</sup>.

Até o oferecimento da denúncia é cabível a retratação da representação, a fim de inibir o início da ação penal. Como a representação está adstrita à conveniência do ofendido, uma vez apresentada, é possível que ele se arrependa, volte atrás. Só é possível até a apresentação da inicial acusatória na secretaria da vara criminal ou na distribuição, pois após este ato, a representação é irretratável (art. 25 do CPP c/c art. 102 do CP)<sup>78</sup>.

Quanto à possibilidade de nova representação após a retratação, há dois posicionamentos. De um lado, a doutrina majoritária afirma que a vítima pode retratar-se e rerepresentar a representação quantas vezes entender conveniente. Tal significa que pode retratar-se da representação e, em se arrependendo, rerepresentá-la, respeitando apenas o marco do oferecimento da denúncia e o prazo decadencial dos seis meses, pois, uma vez oferecida a peça acusatória, a representação passa a ser irretratável. O STJ segue esse entendimento:

---

<sup>76</sup> **MIRABETE**. Julio Fabbrini. Op. cit. p. 140.

<sup>77</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 310.

<sup>78</sup> CPP - Art. 25. *A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.*

CP - *Irretratabilidade da representação Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.*

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 303 DA LEI N. 9.503/1997. CTB. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO SEGUIDO DE RENOVAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. A reconsideração da retratação dentro do período decadencial é possível e permite o regular curso da ação penal condicionada (art. 303 da Lei n. 9.503/1997). 2. **Poderá o ofendido se retratar da representação, ou melhor, se arrepender de ter representado em desfavor do ofensor até o momento antes de ser oferecida pelo Ministério Público a denúncia, que é o início da ação penal.** 3. A doutrina e a jurisprudência admitem a retração de retratação dentro do prazo decadencial. Em outros termos, a decisão de arquivamento não implica extinção da punibilidade do autor da conduta delitiva, inclusive não faz coisa julgada material, podendo o órgão ministerial, diante da reconsideração da vítima, antes do termo final do prazo decadencial, requerer o desarquivamento. (...) (AgRg no REsp 1131357/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 28/11/2013)

Um segundo bloco de autores, em quantidade menor, onde Tourinho Filho é protagonista, entende que a retratação da representação levaria à renúncia ao direito de representar, acarretando a extinção da punibilidade. O autor afirma:

*Havendo retratação da representação, poderá o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial ou das peças de informação? A retratação, na hipótese, assemelha-se, em tudo e por tudo, à renúncia, e, assim, devem os autos ser arquivados, em face da ausência de representação, condição a que se subordina, às vezes, o jus accusationis. Peritir-se a retratação da retratação é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis<sup>79</sup>.*

A fim de concluir o presente tópico, é importante destacar a grande relevância para este trabalho da constatação realizada em relação à dispensabilidade da representação em casos de crimes contra vulneráveis. Dentro desse panorama, a justificativa de mudança da redação do art. 225 do CP no fato de que havia casos em onde vítima não poderia exercer com plenitude o direito de representação, se fragiliza. Conforme exposto, nestes casos, a situação da vítima era contemplada pela interpretação correta do termo vulnerável inserido na antiga redação, fazendo com que fosse possível o início da persecução penal sem a representação da vítima.

---

<sup>79</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. p. 358.

## 2.3 – Procedimentos penais

Prosseguindo com o trabalho, aqui serão feitas algumas breves considerações em relação aos procedimentos do processo penal, bem como de suas principais fases. Pois bem, conforme nos ensina Capez, o processo é uma série ou uma sequência de atos conjugados que se realizam e se desenvolvem no tempo, destinando-se à aplicação da lei penal no caso concreto. O processo nada mais é do que o meio pelo qual a atividade jurisdicional se viabiliza, ao passo que o procedimento constitui o instrumento viabilizador do processo<sup>80</sup>.

Conforme se sabe, há três espécies de sistemas processuais, o inquisitivo, caracterizado pela figura do órgão julgador acumular as funções de acusador, defensor e julgador; o acusatório, onde estas referidas funções são separadas; e um misto, onde há uma fase inquisitiva e outra acusatória. O Código de Processo Penal vigente adotou o sistema acusatório, que tem por características os princípios do contraditório (CF, art. 5º, LV<sup>81</sup>), da oralidade, da verdade real, do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII<sup>82</sup>), da oficialidade, da indisponibilidade do processo, da publicidade (CPP, art. 792; tal princípio não é absoluto, sofrendo restrições como as do § 1º do referido art. 792<sup>83</sup>), do juiz natural e da iniciativa das partes.

---

<sup>80</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 586.

<sup>81</sup> CF, art. 5º, inciso, LV - *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

<sup>82</sup> CF. art. 5º, inciso LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

<sup>83</sup> CPP. Art. 792. *As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.*

Já procedimento não se confunde com estas definições. Capez expõe que procedimento é a sequência ordenada de atos judiciais até o momento da prolação da sentença. O processo é mais que essa mera sequência. É também a relação jurídica processual existente na ação<sup>84</sup>. Conforme prevê o art. 394 do CPP, o procedimento será comum ou especial. O comum é subdividido em ordinário, sumário ou sumaríssimo, e o especial abrange todos os demais procedimentos com regramento específico, como é, por exemplo, o do Tribunal do Júri.

O critério utilizado para definir qual o rito a ser seguido nos casos de procedimento comum relaciona-se à previsão de pena para o respectivo crime. No ordinário estão todos os crimes cuja sanção máxima cominada foi igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade.

Já no sumário, estão os crimes cuja sanção máxima cominada seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade. Por sua vez, o procedimento sumaríssimo é tomado para os delitos de menor potencial ofensivo, na forma da Lei dos Juizados Especiais, ou seja, para os delitos cuja pena máxima não exceda a dois anos.

No caso dos crimes contra a liberdade sexual, se procede mediante o procedimento sumário ou ordinário, não sendo cabível o sumaríssimo, pelo que o seu estudo detalhado não será objeto deste trabalho. Por outro lado, o sumário tem trâmite previsto da mesma forma que o ordinário, com as mesmas regras processuais, sendo que a diferença pontual reside no fato de que a realização da audiência deve se dar em 30 dias e não em 60, conforme ocorre no ordinário.

Passamos, assim, à análise de cada um dos principais momentos da ação penal. Deve ser lembrando, contudo, que cada momento processual guarda inúmeras polêmicas e algumas especificidades que fogem por completo do tema trabalhado na monografia. Assim, fica esclarecido que a exposição sobre estas fases dar-se-á somente para tornar claras as exposições a serem feitas nos demais capítulos em relação à matéria processual sobre os crimes contra liberdade sexual.

---

<sup>84</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 587.

### 2.3.1 – Denúncia ou queixa

Os procedimentos ordinário e sumário iniciam-se com a denúncia do réu, em se tratando de ação penal pública, ou com queixa-crime, quando o crime for de ação penal privada. Capez aponta que a peça acusatória iniciadora da ação penal, consistente em uma exposição por escrito de fatos que constituem, em tese, ilícito penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva. A denúncia é a peça acusatória inaugural da ação penal pública (condicionada ou incondicionada) (CPP, art. 24); a queixa, peça acusatória inicial da ação penal privada<sup>85</sup>. Os requisitos desta peça inicial estão no art. 41 do CPP:

*Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Há a possibilidade de rejeição desta peça inaugural, com fulcro no art. 395 do CPP, nos seguintes casos: for manifestamente inepta; lhe faltar pressuposto processual ou condição para o exercício penal; ou lhe faltar justa causa para o exercício penal. Não sendo nenhum desses casos, presentes os indícios de autoria e materialidade do crime, em decisão que não cabe recurso, o juiz competente para o processamento e julgamento da ação irá receber inicial, tornando claro, portanto, que esta contempla os requisitos do artigo transcrito acima. Em caso de rejeição da denúncia ou queixa, cabe o chamado de recurso em sentido estrito, com base no art. 581, inciso I, do CPP. O recebimento da denúncia ou da queixa é que é causa interruptiva (art. 117, I, CP) e a prevenção se dá com a admissibilidade da inicial, ou com a distribuição, nas comarcas com pluralidade de varas.

### 2.3.2 – Citação e resposta à acusação

Conforme prevê o art. 396 do CPP, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente,

---

<sup>85</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 235.

recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Nestor Távora nos ensina que a citação é o ato pelo qual o réu toma ciência dos termos da acusação, sendo chamado a respondê-la e a comparecer aos atos do processo, a começar, via de regra, pela resposta preliminar à acusação (conforme o procedimento comum ordinário e sumário, bem como a primeira fase do procedimento do júri, a teor da Lei nº 11.689/2008)<sup>86</sup>.

Devemos pontuar que a citação deficiente ou incompleta, por sua vez, acarreta nulidade relativa. Uma vez realizada validamente, a citação tem o efeito de completar a instância, com a formação efetiva da relação jurídica processual. Nesse sentido, o art. 363, caput, CPP (com redação dada pela Lei nº 11.719/2008), estatui que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. O ato citatório eficaz tem o condão de reputar revel o acusado que não atender o seu chamado para se defender, persistindo contumaz, ou que não comunicar alteração de residência. A citação no processo penal não é causa interruptiva da prescrição, nem previne a jurisdição.

No prazo de 10 (dez) dias citado, o réu oferecerá sua defesa que no processo penal recebe o nome de resposta à acusação, e tem semelhanças com a contestação no processo civil. É nesse momento em que a defesa deve apontar ao juiz as suas teses, originando, em acordo com o aspecto da matéria levanta, três possíveis pedidos.

O primeiro pedido é o de declaração de nulidade processual, sendo decorrente da suscitação de uma determina preliminar. O segundo, reflete a ânsia da concessão de absolvição sumária, conforme o art. 397, ou definitiva do réu, devendo a defesa, portanto, levantar teses que permitam o juiz assim proceder. Por fim, o terceiro possível pedido relaciona-se com a chamada de tese subsidiária, onde a defesa busca citar circunstâncias que melhoram a situação do acusado em caso de uma eventual condenação.

Na resposta à acusação, assim como na denúncia ou queixa, o acusado deve arrolar as suas testemunhas, se pretender a produção de prova testemunhal, eis que o próximo passo, se não declarada a absolvição sumária do réu, é a instrução probatória em audiência de instrução.

---

<sup>86</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 1449.

### 2.3.3 – Fase instrutória e o depoimento da vítima

Após oposta a resposta à acusação, a ação deve voltar para apreciação do magistrado competente para que analise os pedidos das partes. Nessa ocasião, é possível que se ocorra três situações: a denúncia pode ser rejeitada, com base em novo juízo de admissibilidade, conforme prevê o art. 395 do CPP; o juiz pode absolver sumariamente o acusado, sem a necessidade de produção de outras provas, conforme previsão do art. 397<sup>87</sup>, também do CPP; ou, o que comumente ocorre, designar uma audiência para instrução e julgamento do processo, conforme a disposição do art. 399<sup>88</sup>.

Normalmente o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o MP ou o querelante, e na resposta preliminar (art. 396-A, CPP) para a defesa. Nada impede, porém, que no curso do processo as partes requeiram a produção de provas, ou o magistrado determine a sua realização de ofício. Cabe ao juiz, fundamentadamente, funcionar como filtro, verificando a admissibilidade das provas que almejam ingressar nos autos ou daquelas que ainda estão por ser produzidas<sup>89</sup>.

À produção segue-se o contraditório, com as partes tomando contato e participando ativamente do que é produzido. Caberá ao magistrado no decisum manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento. Deverá ainda afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, determinado o

---

<sup>87</sup> CPP - Art. 397. *Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.*

<sup>88</sup> CPP - Art. 399. *Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.*

<sup>89</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 1057.

desentranhamento (art. 157, § 3º, CPP). Caso venha a amparar a decisão em prova que contraria a lei, haverá nulidade manifesta, em evidente *error in procedendo*.

Capez aponta que *probatio*, termo que vem do latim, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação<sup>90</sup>.

Tratando-se de crimes contra a liberdade sexual, conforme se verá pela frente, um dos meios de prova que se destacam é o depoimento da vítima, que não será considerado como uma testemunha e não deve ser tratado como tal, eis que presta suas declarações sem prestar compromisso e é perguntado sobre os detalhes do crime cometido. Deu-se ensejo, contudo, a um processo penal contra pessoa sabiamente inocente, pode incorrer no crime de denúncia caluniosa, prevista no art. 339 do CP<sup>91</sup>. A doutrina aponta que, de um modo geral, o ofendido não goza do direito de invocar o silêncio, excetuados os casos em que suas declarações podem incriminá-lo<sup>92</sup>. O CPP prevê que a vítima deve ser ouvida por iniciativa das partes ou por determinação de ofício da autoridade, sempre que possível, sendo que a sua não realização possui o condão de causar nulidade relativa<sup>93</sup>.

Quando ao valor probatório a ser dado às declarações da vítima, devem ser observados alguns pontos. O depoimento é, sem dúvida, um meio de prova, pelo que o juiz valorará em acordo com as circunstâncias do caso concreto. De um modo geral, sempre a versão exposta pela vítima deverá encontrar respaldo em outras evidências colhidas na instrução do processo, sendo insuficientes, por si própria, à

---

<sup>90</sup> **CAPEZ**, Fernando. Op. Cit. p. 398.

<sup>91</sup> CP - Art. 339. *Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.*

<sup>92</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 954.

<sup>93</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 955.

condenação do acusado. Nos crimes sexuais, o depoimento da vítima ganha especial destaque, já que os elementos que permeiam os tipos penais inseridos nessa categoria geralmente nos trazem a falta de um acervo probatório robusto. Essa questão ainda será aprofundada neste trabalho.

Uma importante reforma legislativa que trouxe considerável evolução a fim de minimizar o processo de revitimização foi a nova redação do § 8º, do art. 185<sup>94</sup>, do CPP, dada pela Lei nº. 11.900 de 2009: foi aberta a possibilidade da tomada de depoimento da vítima através de videoconferência. Não há, contudo, extensão às vítimas, de um modo em geral, do programa DSD – Depoimento Sem Dano, que só é previsto para escuta de crianças e adolescentes, e, mesmo assim, não é uma realidade em muitas cidades do Brasil. O programa resulta da previsão contida na resolução nº. 33 do CNJ de 2010, que recomendou aos tribunais a criação de serviços especializados para oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Na íntegra:

*Recomendação Nº 33 de 23/11/2010*

*RECOMENDAR aos tribunais:*

*I – a implantação de sistema de depoimento vídeogravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática;*

- a) os sistemas de videogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial;*
- b) o ambiente deverá ser adequado ao depoimento da criança*

---

<sup>94</sup> CPP – Art. 185. § 2º *Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades (...)§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.*

*e do adolescente assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.*

*II – os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.*

*III – o acolhimento deve contemplar o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do conseqüente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.*

*IV – os serviços técnicos do sistema de justiça devem estar aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.*

*V – devem ser tomadas medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, garantindo a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial<sup>95</sup>.*

Em que pese o programa DSD não atingir as vítimas de um modo geral, a Lei nº. 11.690 de 2008 traz alguns direitos ao ofendido. Távora aponta que a vítima deixa de ser tratada meramente como um meio de prova, e adquire proteção e amparo do Estado, não só quanto às pretensões materiais e resguardo individual, mas também para que não seja atingida pelos efeitos diretos e indiretos do processo, com a exposição à mídia, traumas psicológicos, risco à integridade física, dentre outros<sup>96</sup>. Esses direitos não estão compilados em somente um artigo do CPP, mas sim em diferentes dispositivos, contudo, o principal deles, sem dúvida é o art. 201. Confira:

#### CAPÍTULO V

##### *DO OFENDIDO (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

---

<sup>95</sup> A ementa, as justificações e o inteiro teor da recomendação encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194%20>. Acesso em 09. Nov. 2018.

<sup>96</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 955.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O art. 201, § 2º, do CPP concede ao ofendido o direito de informação sobre aos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, bem como sobre às audiências designadas no curso da ação penal, sentenças e acórdãos que deem conta sobre a absolvição ou condenação do réu. Alguns doutrinadores defendem que para maior efetividade deste dispositivo, deve haver a comunicação desde o inquérito policial até a fase das execuções penais, cabendo ao magistrado, sendo possível, a determinação de comunicação da vítima de todas as decisões que impliquem a retirada do réu do cárcere, como relaxamento de prisão, concessão de liberdade provisória, revogação da prisão preventiva, livramento condicional, permissão de saída, dentre outros<sup>97</sup>. As comunicações serão feitas no endereço indicado pelo ofendido, admitindo-se, por opção deste, o uso de meio eletrônico. Dessa forma, nada impede que, havendo autorização do ofendido, a comunicação seja feita por e-mail (art. 201, § 3º, CPP).

Um dos principais direitos do ofendido trazido pela Lei nº. 11.690 de 2008 é a previsão de existência de um lugar reservado para que sirva lhe sirva de abrigo antes e durante a audiência, com o escopo de que o ofendido tenha o mínimo de

---

<sup>97</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 956

contato com o agressor, bem como os seus familiares, e, ainda, lhe proteja de eventual assédio da imprensa. Essa previsão encontra-se no § 4º do art. 201 do CPP, contudo, é de implementação complexa, dado que falta estrutura nas comarcas dos diversos tribunais em nosso país.

No entanto, acreditamos que a principal previsão em favor da vítima, no que diz respeito aos crimes sexuais, é a previsão do § 5º: a possibilidade de encaminhamento judicial a atendimento multidisciplinar, “*especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde*”, sendo que o ônus será suportado pelo agressor ou pelo Estado. O pleno amparo ao ofendido ganha reforço, na preocupação com o acompanhamento pós-traumático, seja na área psicossocial, com atendimento de psicólogas e assistentes sociais, apoio jurídico, com intervenção das Defensorias Públicas que podem prestar valiosa contribuição, não só na seara cível, em razão dos danos causados pela infração, mas também com a possibilidade de habilitação como assistente de acusação, além do amparo médico, com encaminhamento para tratamento das consequências ocasionadas pela conduta delituosa<sup>98</sup>. Sobre as custas que o acompanhamento gera, Távora e Alencar apontam que:

*“As expensas do acompanhamento só poderão ser suportadas pelo ofensor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e desde que fique reconhecido na decisão como parte do valor mínimo indenizatório, pois caso contrário, haverá nítida violação ao princípio da presunção de inocência. Enquanto isso, caberá ao Estado prover o atendimento da vítima, como já ocorre normalmente”.*<sup>99</sup>

Outros dois direitos que damos ênfase são a retirada do acusado da sala de audiência a fim de que a vítima possa prestar depoimento sem nenhum desconformo psicológico, em casos em que estejam comprovados os riscos de humilhação, temor ou constrangimento à vítima; e a tomada de providências pelo juiz a fim de que sejam preservadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da vítima, podendo determinar que os autos sejam processados sobre o manto do segredo de justiça, onde o seu acesso, portanto, somente se dará por aqueles diretamente interessados, evitando que a mídia, por exemplo, possa divulgar declarações e fatos que venham a ser prejudiciais ao ofendido. Essa

---

<sup>98</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 956

<sup>99</sup> **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. Op. cit. p. 957

previsão atinge, de igual modo, os autos do inquérito policial, que, em tese, já deveria ser sigiloso.

Fechamos aqui este tópico sobre a ação penal onde foram abordados o histórico da ação penal, desde a Grécia até chegarmos ao direito brasileiro, as espécies de ação previstas no nosso ordenamento e os procedimentos nos diversos processos de natureza penal, sempre com ênfase na figura do ofendido. Conforme visto, há a previsão de diversas prerrogativas em favor da vítima a fim de que a ação penal não venha a ser conivente com o processo de revitimização. Em que pese tais considerações, acreditamos ser um erro afirmarmos que o ofendido estará livre de constrangimentos e de sofrer danos psicológicos e emocionais no decorrer da ação, eis que muitas das previsões citadas ainda não foram implementadas por completo nos fóruns de justiça do Brasil, e, ainda, nos que se implementou, a carga negativa que a ação judicial traz aos seus envolvidos, bem como o fato da vítima ter que relatar as circunstâncias do crime, de qualquer modo que seja, reavive o sofrimento e dor causados pelo delito.

Constata-se, desse modo, o acerto jurídico na posituação do *strepitus judici*, a fim de que nas hipóteses que o processo acarreta à vítima maior dano do que o resultante da infração, a persecução penal só terá início com a aquiescência da vítima para tal, através da representação. Repete-se a seguinte proposta: em um panorama de Estado Democrático de Direito, a representação deve ser olhada, em primeiro lugar, como um benefício à vítima, e, portanto, consideramos ser mais adequado afirmar que sua natureza jurídica é de garantia processual do ofendido

### **3.0 – Os crimes contra a liberdade sexual**

Vimos o aspecto do direito processual que cerca a persecução penal nos casos de crimes contra a liberdade sexual e cremos que cada especificidade relevante à matéria está bem esclarecida. Assim, cabe uma abordagem tomando por base o direito material nesses crimes, ou seja, um exposição sobre os próprios tipos penais contemplados no Capítulo I, do Título IV, do CP, que refere-se aos crimes contra a liberdade sexual.

Conforme foi exposto, em verdade, a nova redação do artigo 225 do Código Penal dispõe que se procede mediante ação penal pública nos crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável. Contudo, o presente trabalho somente aborda o primeiro caso, eis que, tratando-se em crimes sexuais contra vulnerável, já restava consolidado na doutrina e na jurisprudência, antes do advento da Lei nº. 13.718 de 2018, a não obrigatoriedade da representação por parte do ofendido para se iniciar a persecução penal, justamente pela sua vulnerabilidade. Inclusive, em 2009 a Lei nº. 12.015 positivou tal entendimento, quando então também alterou o mencionado artigo do CP.

A redação que se tem hoje é a seguinte:

**TÍTULO VI**  
**DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**  
**CAPÍTULO I**  
**DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

**Estupro**

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

*Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos*

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

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

*§ 2º Se da conduta resulta morte:*

*Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta)*

**Violação sexual mediante**

*Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.*

*Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

**Importunação sexual**

*Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.*

**Assédio sexual**

*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

*Parágrafo único.*

*§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.*

Portanto, são quatro tipos penais, sendo que o legislador os dispôs em acordo com a sua gravidade. O crime de estupro, considerado mais grave pelo caráter hediondo e pelo fato da pena poder atingir 30 (trinta) anos de reclusão, no caso de morte da vítima, vem em primeiro lugar, e a sequência se dá do crime mais grave para o que possui menor pena. Não há art. 214 pois este foi tratado do crime de atentado violento ao pudor, que foi englobado no tipo penal do estupro pela Lei nº. 12.015 de 2009.

Antes de analisar delito por delito, é importante expor a evolução destes crimes dentro do direito brasileiro.

### **3.1 – A evolução dos crimes contra a liberdade sexual no direito brasileiro**

No âmbito do direito brasileiro, podemos partir nosso estudo a partir do período Colonial, ou seja, a partir do século XVI. Inicialmente, nos anos de 1500 a 1514, prevaleceram as Ordenações Afonsinas, onde os crimes que violavam a liberdade sexual tinham como sanção a pena capital. E a pena imposta não era revertida em caso do agressor contrair em matrimônio com a vítima, por livre arbítrio dessa, ainda que homem de bem ou de status da sociedade. A exceção para a não aplicação da pena de morte se dava no caso em que o delinquente alcançava a beneficência da graça especial do próprio rei. A incitação à prática do crime de estupro também tinha como fim a aplicação da pena de morte<sup>100</sup>.

A pena capital também era prescrita para o crime de estupro na vigência das Ordenações Manuelinas, que perdurou nos anos de 1514 a 1603. Nesse período, o acusado era necessariamente um homem que, se utilizando de meios

---

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávoro de. **A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro**. Conteúdo Jurídico, Brasília. DF, 4 set. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>. Acesso em: 13. Nov. 2018

forçosos, intentasse deitar com qualquer mulher, até mesmo escrava, sendo indiferente a condição civil desta. As Ordenações Manuelinas, portanto, muito se assemelham às Ordenações Afonsinas, sendo uma diferença pontual que podemos apontar é o fato de que em sendo a mulher violentada uma meretriz ou uma serva, a aplicação da pena dar-se-ia somente por Decreto, e dependia do conhecimento prévio do criminoso<sup>101</sup>.

Um período mais duradouro que essas duas ordenações foi aquele que ficou conhecido como as Ordenações Filipinas, que compreendeu os anos de 1603 a 1830. O crime de estupro passou a ser caracterizado como o defloramento de mulher que guardava a castidade. O cenário melhorou ao agressor eis que deixou de se aplicar a pena de morte como resposta imediata, e deu-se a ele o “fardo” de casar-se com a vítima. Não havendo meios para a realização do casamento, recaía sobre o agressor a obrigação de remunerar a vítima através de um dote, e, caso não possuísse condições econômicas, a sanção aplicada seria de humilhação e flagelo<sup>102</sup>. Depreende-se, assim, que o homem que possuía bens, chamado de nobre, não sofria as penalidades impostas, eis que podia pagar o dote. Em alguns casos, porém, lhe era aplicada a pena de degredo, que consistia em sua retirada da terra onde ocorreu o crime<sup>103</sup>.

Ainda no âmbito das Ordenações Filipinas, o crime de estupro voltou a ser objeto de aplicação da pena capital, não importado a condição econômica do criminoso, ou, ainda, se iria casar-se ou não com a vítima, conforme previsão do Título XVIII do Livro V. Não se tratava de intenção normativa de proteção à vítima do estupro, mas sim o reflexo da influência direta das diretrizes religiosas predominantes à época, considerando o delito como pecaminoso e inferindo ao agente o temor pelo castigo<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> **OLIVEIRA**, Magali Gláucia Fávoro de. **A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro**.

<sup>102</sup> **GODOY**, Arnaldo Sampaio de Moraes. **As Ordenações Filipinas e mais um exemplo de violência contra as mulheres**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 12. Mar. 2017. São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>. Acesso em 13. nov. 2018.

<sup>103</sup> **FAYET**, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 22.

<sup>104</sup> **FAYET**, Fabio Agne. **O delito de estupro**. p. 24.

A crueldade e barbárie das penas aplicadas na vigência das Ordenações Filipinas, como a morte por enforcamento e a queima viva do réu, são explicitadas pelo professor Heleno Fragoso no seguinte trecho:

*“A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldades. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juízes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices”<sup>105</sup>.*

Os crimes relacionados à liberdade sexual eram considerados como pecados extraordinários, eis que só admitia-se a relação sexual para fins de procriação. A Igreja repudiava todas as ações sexuais “contra a natureza”, assim chamadas todas aquelas que não possuíam por escopo aquele mencionado, pelo que as Ordenações previam a aplicação de sanções que iam desde o confisco de bens e multas, chegando à pena capital através do fogo<sup>106</sup>.

A partir do ano de 1822 tivemos a virada para o Brasil Império, onde o crime de estupro foi logo previsto no Código Criminal do Império, no qual o Capítulo II – Dos Crimes Contra a Segurança da Honra, e Seção I, especificadamente os artigos 219 a 219, tipificavam os delitos sexuais:

*Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.*

*Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada. Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.*

*Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento. Penas - de degredo por dous a seis*

---

<sup>105</sup> **FRAGOSO**, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 70-71.

<sup>106</sup> **FAYET**, Fabio Agne. **O delito de estupro**. p. 26.

*annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.*

*Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos.*

*Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal. Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.*

*Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.*

*Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas<sup>107</sup>.*

Conforme pode se observar, o crime de estupro propriamente dito estava positivado na redação do artigo 222, e era considerado como a conjunção carnal realizada pelo uso da força ou ameaça contra mulher pura ou prostituta. Nota-se a pena era mais severa se a mulher era “honestá”, e se meretriz, mais branda. Duas observações pontuais que podem ser feitas: a primeira é que o homem ainda não podia figurar como vítima do crimes sexuais, sendo a justificativa plausível aquela ideia, rasa e já exposta, de que pela dita superioridade masculina, não poderiam ser violentados sexualmente; a segunda é aquela prevista no artigo 225, que desconstituía a aplicação da pena ao réu se este contraísse matrimônio com a vítima.

O Código Criminal do Império deu lugar ao Código Criminal da República com o advento do Decreto nº. 847 de 11 de outubro de 1890. Este novo códex trouxe diversas inovações, como por exemplo, aboliu do seu texto as penas cruéis e de morte, estabelecendo um prazo máximo para a prisão do infrator. As penas contidas nesse código estavam previstas nos artigos 43 e 44:

*Art. 43. As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes:*

- a) prisão cellular;*
- b) banimento;*
- c) reclusão;*
- d) prisão com trabalho obrigatorio;*

---

<sup>107</sup> O “Codigo Criminal do Imperio do Brazil” está disponível para leitura no seguinte endereço eletrônico: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm).

e) prisão disciplinar;

f) interdição;

g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;

h) multa.

Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.<sup>108</sup>

Os crimes contra a liberdade sexual eram tratados em um trecho específico, no Capítulo I, do Título VII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e ultraje ao pudor, artigos 266 a 269:

*Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena - de prisão celllular por um a seis annos. Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.*

*Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude: Pena - de prisão celllular por um a quatro annos.*

*Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celllular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão celllular por seis mezes a dous annos. § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.*

*Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos.*

Consoante à transcrição acima, nesse código o crime de estupro era tratado no art. 269, e consistia no abuso sexual realizado mediante violência, não apenas o de meio físico, mas todo o meio que impossibilitasse a vítima de resistir ao ato. Da mesma forma como na legislação do império, a pena era consideravelmente maior no caso da vítima ser “honestá”, e se prostituta, o infrator era beneficiado com uma pena menor.

A novidade se dá pelo art. 266 que trouxe especificadamente o crime de atentado ao pudor contra homem ou mulher. O delito era a prática de ato no qual o agente que com vistas a satisfazer sua lascívia ou por depravação moral, atentar

---

<sup>108</sup> O “Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil” está disponível para leitura no seguinte endereço eletrônico: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>.

contra o pudor de qualquer pessoa. A sanção prevista nesse caso era igual aquela para o estupro de mulher honesta e para a prática de ato libidinoso com menor.

Já no período do Estado Novo, na Era Vargas, a legislação penal teve um novo marco: o Decreto-Lei nº. 2.848, datado de 7 de dezembro de 1940, trouxe o novo Código penal. O novo codex contempla um enorme avanço legislativo em relação à codificação de leis até então vigentes. As diversas penas previstas outrora foram substituídas por apenas três: a reclusão, a detenção e a multa. Nas alterações trazidas pela Lei nº. 7.209 de 1984, essas passaram a ser as que hoje conhecemos: pena restritiva de liberdade, restritiva de direito e de multa.

Concernente aos crimes contra a liberdade sexual, estes estavam no Título VI, denominado Dos Crimes Contra os Costumes, no Capítulo I, artigos 213 e 214:

**Estupro Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:** (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996) Pena - reclusão, de três a oito anos. Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

**Atentado violento ao pudor** (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) Art. 214 - **Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:** Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Em um primeiro momento, o texto do Código Penal de 1940 previa que o estupro restaria consumado com a prática de conjunção carnal especificadamente com vítima mulher. Portanto, não era possível se ter um homem como sujeito passivo do delito, mas tão somente como sujeito ativo. Já o delito previsto no artigo 214, o atentado violento ao pudor, se dava com o constrangimento da vítima à prática de atos libidinosos que não o da conjunção carnal, independentemente ser homem ou mulher. O texto da lei impunha sanções diferentes a cada uma destas condutas, eis que o estupro propriamente dito era considerado uma ofensa maior ao bem jurídico denominado como costume. Em 1990 adveio a Lei dos Crimes Hediondos que trouxe algumas alterações pontuais com relação a estes crimes. Considerou-se ambos os crimes descritos acima como hediondos, dada a repulsividade da conduta, e, ainda, deu simetria às penas aplicadas.

Mas, sem dúvida, a alteração mais significativa que houve no âmbito desses crimes foi pelo advento da Lei nº. 12.015 de 2009: o crime de atentado violento ao pudor deixou de ser um crime específico e foi englobado no tipo penal estupro; o homem passou a poder ser considerado como sujeito passivo do delito; e foi instituído o crime de estupro contra vulnerável:

### **Estupro**

**Art. 213.** *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

### **Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)**

**Art. 217-A.** *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

*Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*

Observa-se que com o novo texto qualquer pessoa passa a ser sujeito ativo e passivo do crime de estupro e não há mais a necessidade da efetiva conjunção carnal para a configuração do estupro, mas tão somente a prática de atos libidinosos através de violência ou grave ameaça.

Assim, o crime de estupro passa a ser, nas palavras de Guilherme Nucci, “o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, por

meio de violência, conseguir ter conjunção carnal com a sua vítima, qualquer que seja o seu sexo”<sup>109</sup>.

Podemos, nesse ínterim, colocar a fala do professor Rogério Cunha:

*“Antes da Lei nº 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bi-próprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bi-comum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal”<sup>110</sup>.*

É nesse mesmo sentido que seguia a justificativa do Projeto de Lei nº. 253 de 2004, de autoria do Senador Demóstenes Torres, que resultou na lei citada. Confira:

*“o presente projeto, por inspiração da definição ínsita no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, cria novo tipo penal que não distingue a violência sexual por serem vítimas pessoas do sexo masculino ou feminino. Seria a renovada definição de estupro (novo art. 213 do CP), que implica constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele/ela se pratique outro ato libidinoso. A nova redação pretende também corrigir outra limitação da atual legislação, ao não restringir o crime de estupro à conjunção carnal em violência à mulher, que a jurisprudência entende como sendo ato sexual vaginal. Ao contrário, esse crime envolveria a prática de outros atos libidinosos. Isso significa que os atuais crimes de estupro (art. 213 do CP) e atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) são unidos em um só tipo penal: ‘estupro’.”<sup>111</sup>*

Colocada tais enunciações, podemos chegar a algumas conclusões. Em um primeiro momento, podemos visualizar que o crime de estupro agora abarca indistintamente a mulher e o homem como sujeitos ativos e passivos, e que não é mais necessário ocorrer efetiva conjunção carnal para a configuração do crime. Isso revela que o tipo penal passa a proteger efetivamente a liberdade sexual da pessoa humana, e não mais a honra ou um costume impregnado na sociedade machista de outro tempo de que as mulheres devem ser “honestas”.

---

<sup>109</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 901.

<sup>110</sup> **GOMES**, Luiz Flávio; **CUNHA**, Rogério Sanches; **MAZZUOLI**, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 37.

<sup>111</sup> O Projeto de Lei nº. 253 de 2004 pode está disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&disposition=inline>. Acesso em 13. nov. 2018.

Podemos, ainda, afirmar que não há mais a separação do crime de estupro com o crime de atentado violento ao pudor, sendo que permanece o caráter hediondo de tal crime, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto no julgamento do REsp nº. 1110520/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, na Terceira Seção, julgado em 26 de setembro de 2012, cuja ementa já foi transcorrida neste trabalho.

Prosseguindo com o trabalho, devemos analisar as características de cada delito, a forma que pode se praticado, as penas previstas, bem como eventuais especificidades.

### **3.2 – Estupro**

O primeiro crime contra a liberdade sexual, previsto logo no art. 213 do CP, é também o mais conhecido. O crime de estupro ocorre quando um agente “constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir” que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Ao destrincharmos os elementos do crime nos deparamos com quatro partes essenciais. A primeira reflete o “constrangimento decorrente da violência física (*vis corporalis*) ou da grave ameaça”. Devemos pontuar que, seguindo a doutrina majoritária, a Quinta Turma do STJ já estabeleceu que *"a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido"*. REsp 1.154.718/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016.

O segundo elemento relaciona-se ao sujeito ativo do crime: após a mudança promovida pela Lei nº. 12.015 de 2009, homem e mulher passam igualmente a poderem ser autor e vítima do tipo, caindo por terra a definição tida do crime como sendo a cópula vagínica. Isso reflete diretamente no terceiro item que é a conjunção carnal, que apesar de ter conceito bem fechado, não mais é essencial para a confi-

guração do crime, já que foi adicionado no tipo penal “a prática de qualquer ato libidinoso”, quarto elemento do tipo penal<sup>112</sup>.

Prevalece o entendimento na doutrina de que a classificação do crime de estupro é a seguinte<sup>113</sup>:

- crime comum e bicomum, pelo fato de não exigir qualidade especial do autor e do réu (pode ser praticado e sofrido por qualquer pessoa);
- doloso, eis que não há possibilidade de “estupro culposo”;
- material, pois para consumação deve haver resultado naturalístico;
- comisso, já que praticado mediante uma ação (há a possibilidade da existência de estupro na modalidade por omissão imprópria);
- instantâneo, pelo fato do resultado não se prolongar no tempo;
- unissubjetivo, plurissubjetivo e pluriofensivo;
- de forma livre na modalidade de ato libidinoso e vinculada quando por conjunção carnal;
- não transeunte, se praticado de forma a deixar vestígios, ou transeunte, quando não há evidências da prática do crime.

Conforme prevê o art. 1º, inciso V, da Lei nº. 8.072 de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos, o estupro é um crime hediondo, não importando se foi consumado ou se qualificado:

*Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:*

*V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º).*

A redação do inciso transcrito foi modificada pela Lei 12.015, já citada, contudo, o STJ já firmou entendimento em REsp julgado na forma das demandas repetitivas de que, já transcrito nesse trabalho, de que a prática do crime antes da alteração, no ano de 2009, também deve ser considerada hedionda: “*Recurso especial representativo de controvérsia provido para declarar a natureza hedionda dos*

---

<sup>112</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 679.

<sup>113</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 679.

*crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes da edição da Lei nº 12.015/09, independentemente que tenham resultado lesões corporais de natureza grave ou morte”* (REsp 1110520/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012).

### **3.3 – Violação sexual mediante fraude**

O crime de violação sexual pode restar configurado em relações heterossexuais ou homossexuais, e envolve a prática de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso, assim como no estupro, mas através de fraude apta a enganar a vítima. Essa fraude é caracterizada como uma espécie de engodo, ardiloso, apto a viciar a vontade do ofendido, devendo estar presente dolo específico do delinquente, elemento subjetivo do tipo penal<sup>114</sup>.

Assim como no estupro, o crime é material, de resultado naturalístico, sendo possível a tentativa. A consumação se dá com a conjunção carnal ainda que incompleta (sem a ejaculação), ou com a prática de outro ato libidinoso.

É crime instantâneo, de dano, unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente). Conforme aponta Tadeu Antônio Dix, é indispensável o emprego de "estratagemas que tornem insuperável o erro ao qual é levada a vítima, e as circunstâncias devem ser tais que conduzam a mulher (ou o homem) a se enganar sobre a identidade pessoal do agente ou a cerca da legitimidade da conjunção carnal (ou de outro ato libidinoso)" <sup>115</sup>(texto adaptado para conter as atualizações).

Na violação mediante fraude a vontade da vítima não é vencida por violência ou grave ameaça, como no estupro, mas é viciada por engodo. Neste delito, o agente obtém o consentimento da vítima, porém, induzindo-a em erro ao ludibriá-la. A fraude, no intuito de enganar a vítima, deve ficar evidenciada<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 689.

<sup>115</sup> **SILVA**, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005**. Leme: JH Mizuno. 2006. p. 127.

<sup>116</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 689.

### 3.4 – Importunação sexual

O Decreto-Lei nº. 3.688 de 1941 dispunha em seu art. 61, a contravenção conhecida como o atentado ao pudor, que consistia na importunação de qualquer pessoa, em lugares públicos ou acessíveis ao público, com a prática de atos obscenos. A pena prevista era o pagamento de multa, que no tipo penal computava a quantia de duzentos mil réis a dois contos de réis.

O novo art. 215-A do Código Penal é a elevação do atentado ao pudor à crime propriamente dito. O legislador, diante de uma aparente insatisfação social com a impunidade em casos midiáticos onde mulheres sofriam com “encoxadas”, ejaculações em si, e outros absurdos, na maioria das vezes no transporte público, teve por bem revogar a dita contravenção penal, que não estava servindo para proteção do bem jurídico, entendido como a dignidade sexual em amplo sentido.

Surgiu, pois, o crime de importunação sexual, trazendo uma pena mais severa, dado o caráter de elevação a crime, de reclusão de 1 a 5 anos. A conduta prevista é a prática contra qualquer pessoa e sem a autorização dessa, de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Conforme se nota, o tipo penal ficou mais aberto, dando margem para que diversos atos venham a se enquadrar na conduta prevista.

Assim, o novo delito surge como sendo subsidiário ao crime de estupro: exige-se o constrangimento, mas não a violência e a grave ameaça, sendo essa a diferença pontual entre os crimes. É entendido como sendo de ação livre, ou seja, a lei não prescreve seu cometimento mediante conduta específica, mas deixa aberto para que palavras, textos, gestos, e outros, sejam admitidos. O crime é consumado com a prática do ato libidinoso em si.

Por se tratar de um tipo penal recentíssimo, ainda não há pontos específicos a serem abordados, prevalecendo, por ora, a sua característica principal com sendo a de agravar a conduta de violência ao pudor a crime. Devido a pena prevista, o novo delito é tido como sendo de infração penal de médio potencial ofensivo, não sendo cabível o arbitramento de fiança sem sede policial, em respeito

ao art. 322 do CPP<sup>117</sup>, mas possível a suspensão do processo no início da ação penal, conforme disposição do art. 89 da Lei nº. 9.099 de 1995<sup>118</sup>.

### 3.5 – Assédio sexual

Por fim, temos o crime previsto no art. 216-A que trata do assédio sexual, introduzido no Código Penal pela Lei nº. 10.224 de 2001. É um tipo peculiar pois descreve um crime bipróprio, ou seja, exige um situação especial tanto do sujeito ativo como da vítima. Para que seja praticado, é necessário que o agente seja superior hierárquico ou tenha descendência com relação ao ofendido, estando, portanto, em posição de mando à vítima, decorrente de relação administrativa ou de ascendência própria de emprego. É irrelevante o sexo dos sujeitos ativo e passivo, podendo a conduta ter conotação heterossexual ou homossexual.

O tipo penal consiste em constranger alguém oralmente, por escrito, ou por gestos, com intuito de obter favorecimento sexual. Esse constrangimento tem um sentido de incomodar, tolher a liberdade, cercear, embaraçar a vítima, entre outros. A fim de exemplificar, é a conduta que vai além do simples flerte e o gracejo, apta a deixar a vítima constrangida, ocorrida onde há situação de superioridade pelo sujeito ativo<sup>119</sup>. Nucci explica que:

*“o constrangimento associa-se à condição de tirar vantagem de alguém, em razão da condição de superior hierárquico ou ascendência no exercício de cargo, função ou emprego. Há quem distinga duas modalidades de assédio sexual: a) intercâmbio ou chantagem sexual; b) ambiental. A primeira diz respeito à forma mais comum de assédio, em que o sujeito ativo busca*

---

<sup>117</sup> CPP - Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

<sup>118</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

<sup>119</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 690.

*constranger o sujeito passivo, de forma condicionante, à obtenção de algum favor sexual, em troca de algo, no âmbito labora*<sup>120</sup>.

É um crime doloso em que a vontade do agente é de forçar, compelir, coagir a vítima, ou seja, de impor seus desejos, de abusar, de se aproveitar da vulnerabilidade ou fragilidade da vítima. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do tipo, o fato do sujeito ter a finalidade de obter vantagem ou favorecimento de natureza sexual, aqui incluído não só a conjunção carnal, como também qualquer outro ato libidinoso, ainda que não seja praticado efetivamente<sup>121</sup>.

A pena prevista é a de detenção pelo prazo de 1 a 2 anos, sendo a menor no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual. O § 2º prevê aumento de pena de 1/3 caso a vítima seja menor de 18 anos. O que pesa ao assediador, contudo, são as indenizações fixadas no âmbito da Justiça do Trabalho, quando a superioridade hierárquica decorre de relação trabalhista. A vítima que se sente atingida pela prática da conduta citada pode entrar com ação que tenha por objeto a reparação pelos danos causados no âmbito de sua moral. Com base no § 1º, inciso IV, do art. 223 da Consolidação das Leis Trabalhista, esta conduta pode resultar em uma indenização de até 50 (cinquenta) vezes o salário da vítima.

### **3.6 – Discussões doutrinárias e jurisprudenciais**

Abre-se esse tópico para apontar alguns pontos polêmicos relacionados aos crimes contra a liberdade sexual. Se tomarmos todos os quatro tipos penais abordados, veremos que são muitas as discussões que a doutrina e jurisprudência enfrentam, podendo ir desde o concurso de crimes ou de agentes até a possibilidade da prática dos crimes por omissão. Assim, a presente abordagem terá por base os pontos que se relacionam com o objeto discutido na monografia, qual seja, a ação penal cabível em cada espécie.

Uma das polêmicas existentes até a Lei nº. 13.718 envolvendo o estupro e os demais crimes contra a liberdade sexual, era a prática do tipo penal em concurso de agentes. Conforme se apontou no tópico sobre a ação penal

---

<sup>120</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 691.

<sup>121</sup> **MIRABETE**. Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. p. 1572.

condicionada, os tribunais<sup>122</sup> e doutrinadores que defendem que se deve observar o fenômeno processual da “*eficácia objetiva da representação*”, ou seja, se o ofendido, por ocasião da representação, vier a omitir um dos autores ou partícipes, pode o Ministério Público incluir na acusação os excluídos.

Infelizmente, a prática do crime de violação sexual mediante fraude é encontrada no âmbito de médicos com pacientes, onde o profissional da saúde que deveria preocupar-se em atender a vítima, de modo a proporcionar melhor qualidade a esta, acaba por privilegiar-se muitas vezes da condição de desconhecimento para praticar atos de natureza libidinoso. O STJ tem um posicionamento de que nestes casos, não se caracteriza a vulnerabilidade da vítima apenas pela existência da relação médico-paciente:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. ART. 215 DO CP. MÉDICO DERMATOLOGISTA QUE APALPAVA SUAS PACIENTES. 2. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE LEGAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. 3. REPRESENTAÇÃO TARDIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 4. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Ao recorrente, que é médico dermatologista, são imputados 42 (quarenta e dois) crimes sexuais, em concurso material, praticados durante os anos de 2011, 2012 e 2013, contra suas pacientes. São 38 condutas de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP) e 4 condutas de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Questiona-se, em síntese, a extinção da punibilidade, com relação a 22 (vinte e duas) vítimas, uma vez que decaíram do direito de representação. Com efeito, o art. 225 do Código Penal estabelece que, "nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável". 2. **Não há se falar em vulnerabilidade pelo simples fato de se tratar de relação médico e pacientes, uma vez que referida situação já configura a fraude necessária a tipificar o tipo penal do art. 215 do Código Penal. Ademais, as hipóteses de vulnerabilidade legal se referem à ausência de necessário discernimento, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, e impossibilidade de oferecer resistência por qualquer outra causa. Na hipótese, as vítimas tinham o necessário discernimento e podiam oferecer resistência, tanto que os relatos revelam a estranheza com o comportamento do médico, tendo algumas vítimas se negado a seguir suas orientações. Tem-se, portanto, que o contexto apresentado nos presentes autos não modifica a titularidade da ação penal, a qual permanece pública condicionada à representação.** 3. Portanto, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, em virtude da decadência do direito de representação, tem-se extinta a punibilidade do recorrente com relação a 22 (vinte e duas) vítimas, que apresentaram representação a

---

<sup>122</sup> STF: “A representação, no caso, não tem sua validade condicionada à indicação de todos os co-autores do crime. Pode o MP agir contra o comparsa ou participante que veio a ser conhecido após a representação daquela peça pelo ofendido” (RTJ 79/406).

destempo, ou seja, fora do prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 103 do Código Penal. 4. Recurso em habeas corpus a que se dá provimento, para reconhecer extinta a punibilidade do recorrente com relação a 22 (vinte e duas) condutas. (RHC 57.336/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 13/12/2017)

No ac transcrito, como na data do crime e do julgamento ainda vigia a previsão de que o crime em que o médico incidiu deveria se dar mediante ação penal pública, a adoção do entendimento de não se considerar a vulnerabilidade das pacientes privilegiou-se a impunidade do acusado. Portanto, a alteração legislativa trazida pela Lei nº. 13.718 de 2018, no que se refere à mudança da redação do artigo 225, acaba por evitar casos de impunidade com estes.

Contudo, no nosso entendimento, data máxima vênia, o STJ não utilizava a melhor hermenêutica em relação ao termo vulnerável. Se há uma superioridade técnica do médico em relação ao paciente, que faz com que consiga o consentimento para proceder com condutas libidinosas, está caracterizado, ao nosso ver, a vulnerabilidade do paciente, pelo que não haveria que se falar em necessidade de representação para que início da persecução penal.

Outro ponto polêmico observado no mesmo julgado transcrito é o da decadência: transcorridos os 06 (seis) meses a que trata o art. 103 do CP<sup>123</sup>, o ofendido decai do direito de representação. Alguns doutrinadores apontam que nos crimes contra a liberdade sexual a possibilidade da decadência do direito de representação também privilegiaria a impunidade.

Contudo, deve se ponderar que em se tratando de vítima plenamente capaz, é razoável que se estabeleça um prazo para que o exercício do direito, sendo que a sua não limitação poderia dar margem à caracterização da abusividade em seu exercício.

Finalmente, há outra discussão quanto à desistência voluntária no crime de estupro. Prevalece o entendimento de que se o agente fere a vítima com o

---

<sup>123</sup> **Decadência do direito de queixa ou de representação** - Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

intento de dominá-la e podeis desiste de prosseguir com o intento, há a desclassificação da tentativa de estupro para o crime de lesão corporal.

Assim, nessa hipótese, a ação penal será pública condicionada à representação, conforme previsão do art. 88, da Lei nº. 9.099 de 1995. Confira um julgado que corrobora com essa tese:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO TENTADO. ART. 213, CAPUT, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. CONDENAÇÃO POR LESÃO CORPORAL MANTIDA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA RECONHECIDA. 1. No caso dos autos, o conjunto probatório não empresta a certeza necessária para autorizar a reforma da sentença e condenar o acusado pela prática do crime de estupro tentado. Restou demonstrado que o réu desistiu voluntariamente do intento criminoso, não havendo prova robusta de que sua intenção era praticar delito de natureza sexual contra a vítima. Diante de tal circunstância, mantida a desclassificação da conduta para o delito de lesão corporal (a vítima foi derrubada no chão e agredida pelo acusado). Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso ministerial. 2. Nos termos do art. 110, §1º, do Código Penal, deve ser declarada extinta a punibilidade do réu pela prescrição. A pena aplicada ao acusado na sentença, 04 meses de detenção, nos termos da regra posta no art. 109, inc. VI, do Código Penal, prescreve no prazo de 03 anos. Este lapso temporal transcorreu entre a data do recebimento da denúncia (04/06/2012) e a da publicação da sentença (15/12/2017). RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. DE OFÍCIO, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA PRESCRIÇÃO. (Apelação Crime Nº 70077049674, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 26/09/2018)

Quanto à prática do crime de estupro mediante violência real, o Supremo Tribunal Federal editou uma súmula que será objeto de um subtópico próprio, assim como os crimes sexuais contra vulneráveis.

### **3.6.1 – Crimes sexuais contra vulneráveis**

O Código Penal ostenta proteção à criança, ao adolescente e aqueles tidos como vulneráveis, por qualquer razão que seja, em tipos específicos, referentes aos crimes sexuais.

Os tipos específicos são aqueles contidos no Capítulo II do Título IV do CP:

*CAPÍTULO II  
DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL  
Estupro de vulnerável Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:*

*Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.*

*§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.*

*§ 2º (VETADO)*

*§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.*

*§ 4º Se da conduta resulta morte:*

*Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.*

*§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.*

*Corrupção de menores Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*

*Parágrafo único. (VETADO).*

*Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a praticar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos*

*Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*

*Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.*

*§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

*§ 2º Incorre nas mesmas penas:*

*I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;*

*II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.*

*§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.*

*Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.*

*Aumento de pena*

*§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.*

*Exclusão de ilicitude § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.*

Aqui vamos dar centro para aquele previsto no art. 217-A, que trata do estupro de vulnerável. O tipo substituiu o regime da presunção de violência à criança ou adolescente menor de 14 anos, que vinha sendo alvo de discrepâncias tanto doutrinárias como jurisprudenciais, eis que a não se tinha definido o que se entendia por presunção de violência ser absoluta ou relativa. A Lei nº. 12.015 de 2009 encerrou esta discussão, pois trouxe como critério objetivo para caracterização do crime, a idade da vítima, ou seja, ser ela menor de 14 anos, além da pessoa que,

por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência:

*“(...) associava-se o art. 213 com o 224, a, do Código Penal, para criar a figura do estupro de menor de 14 anos, presumindo-se ter havido violência, em razão da incapacidade de discernimento da vítima. Cremos ter sido correta a eliminação da denominada presunção de violência, a fim de não criar a falsa dedução de que haveria, em direito penal, presunções (ilações, probabilidades) extraídas em concreto contra os interesses do acusado”.*<sup>124</sup>

O dispositivo penal possui os seguintes elementos<sup>125</sup>: a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso; vítima menor de 14 anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Não compõe o tipo o não consentimento do sujeito passivo, justamente pelo fato de não possuir juízo de discernimento suficiente para valorar corretamente a conduta do transgressor.

Sendo a hipótese de utilização de violência ou de ameaça para consumação do crime, haverá concurso material com o crime de lesão corporal ou ameaça.

Conforme já foi mencionado, a conduta de conjunção carnal implica na cópula vaginal, sugerindo uma relação heterossexual. Contudo, a prática de outro ato libidinoso é entendida no sentido de quaisquer atos de natureza sexual empregados com a finalidade de satisfazer a libido do agente. Assim, o STJ tem entendido ser desnecessária a conjunção carnal para a prática do crime. Confira:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ. 2. Agravo regimental improvido. STJ, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA)

A vítima desse delito é o menor de 14 anos ou aquele que não possui o necessário discernimento para a prática do ato, por enfermidade que lhe

---

<sup>124</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 694.

<sup>125</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 694-695.

comprometa o exercício de discernimento, bem como quem não possui condição de oferecer resistência ao ato. Concomitante ao aspecto da enfermidade ou deficiência mental deve-se estar atrelado o aspecto da ausência do necessário discernimento para entender sobre a prática do ato sexual.

A classificação do crime previsto no art. 217-A do CP é a seguinte<sup>126</sup>:

- doloso, não havendo previsão legal para a prática culposa, dando a entender que se agente que praticou o ato não sabia da condição da vítima poderá alegar erro de tipo;

- material e de dano, havendo resultado naturalístico;

- comissivo, mas também aceita a prática mediante omissão imprópria;

- instantâneo, sendo a consumação o momento da prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso propriamente dito;

- plurissubsistente e monossujeivo, admitindo-se a prática tentada;

- de forma livre quanto aos atos libidinosos e de forma vinculado em relação à conjunção carnal.

A pena para o delito descrito no caput do artigo é de reclusão de 8 a 15 anos, podendo ser majorada se há o resultado lesão corporal ou morte, de reclusão de 10 a 20 anos e de 12 a 30 anos, respectivamente.

Procede-se mediante ação pública incondicionada, de forma a efetivar a proteção da criança e do adolescente instituída na CF<sup>127</sup>, bem como daqueles demais que por qualquer outro motivo são considerados como vulneráveis aos olhos da lei.

Parte da doutrina entende que o legislador errou ao não implementar um critério sobre a vulnerabilidade relativa e a absoluta, o que faz com que os tribunais superiores passam a considerar que estão incluídos no tipo penal as práticas

---

<sup>126</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 694-695.

<sup>127</sup> CF Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

sexuais realizados adolescentes de 13 e 14 anos de modo voluntário, que já possuem necessário discernimento do ato. Confira o que diz Nucci:

*“Entretanto, nos tribunais, inclusive no STF e no STJ, vem predominando a tese de se tratar de vulnerabilidade absoluta. Parece-nos que a preocupação dos magistrados seria avaliar a prática sexual envolvendo pessoas menores de 14 anos, desde que se permita a prova do seu discernimento, piorando a situação da prostituição infantojuvenil. Entendemos os bons propósitos dessa corrente, mas é preciso lembrar que nem todas as relações sexuais de adolescentes, mormente os que são maiores de 12 anos e menores de 14, inserem-se no âmbito do sexo pago. Diante disso, pode-se atingir o exagero desproporcional e injusto de se punir um rapaz de 18 anos porque teve relacionamento sexual com sua namorada de 13 anos, dentro do mais absoluto consentimento, muitas vezes, com as bênçãos das suas famílias. Seria o Estado se imiscuindo em demasia na vida íntima das pessoas e das famílias, sem um propósito razoável, pois não está verdadeiramente em jogo a dignidade sexual nessa hipótese”<sup>128</sup>.*

Nessa perspectiva, o STJ julgou um REsp sobre a incidência do rito das demandas repetitivas estabelecendo que:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuisse voluntariamente ao ato sexual (EResp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). (...) 4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". (...) 5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais. 6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.(...) 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do

---

<sup>128</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 697.

CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

Portanto, temos que quando a vulnerabilidade da vítima se dá pelo critério de sua idade, não se admite prova em contrário para sugerir o conhecimento sobre o ato praticado, a aceitação por parte do meio em que o adolescente está inserido ou qualquer outra tese que procure subjetivizar a determinação legal.

### 3.6.2 – A súmula 608 do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 608, estabeleceu que deveria ser pública incondicionada a ação, quando houvesse violência real no caso do estupro, o que se poderia estender também ao atentado violento ao pudor (hoje, unificado ao estupro), *in verbis*: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. O ano era 1984, não tendo havido, portanto a alteração vinda com a Lei nº. 12.015, o que fazia com que o crime de estupro fosse objeto de ação penal privada, conforme foi exposto. O contexto era de constante crescimento dos institutos que buscavam a proteção da mulher, que necessitava de uma política criminal mais severa. Em muitos casos a mulher deixava de registrar a ocorrência do crime de estupro pois o fato de ter que contar detalhes do acontecido para policiais do sexo masculino poderia lhe aumentar, ainda mais, o sofrimento<sup>129</sup>.

Diante desse contexto, foi acertada a edição da súmula que justificava-se no fato de que o emprego de violência atrairia a prática do crime de lesão corporal, pelo que não poderia a ação penal ser privada. Em que pese essa ser a justificativa

---

<sup>129</sup> Nesse sentido, confira os seguintes julgados do STF: RE 96474 Publicação: DJ de 28/05/1982, RE 92102 Publicações: DJ de 29/08/1980 RTJ 96/405, HC 57938 Publicações: DJ de 12/08/1980 RTJ 95/565, RHC 57091 Publicações: DJ de 17/08/1979 RTJ 92/1109, RE 88720 Publicações: DJ de 16/03/1979 RTJ 89/627, RHC 53839 Publicações: DJ de 06/08/1976 RTJ 81/714.

de fundo para edição da súmula, o próprio STF admitiu que o conceito de violência real não relaciona-se com o de lesão corporal. Confira:

HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTUPRO. TENTATIVA. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 608-STF. 1. Estupro. Tentativa. **Caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade.** 2. **Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real. Hipótese de ação pública incondicionada.** Súmula 608-STF. Atuação legítima do Parquet na condição de dominus litis. Ordem indeferida. (STF - HC: 81848 PE, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 30/04/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-06-2002 PP-00142 EMENT VOL-02075-03 PP-00642)

A justificativa também não fazia mais sentido <sup>130</sup> com a vigência da Lei dos Juizados Especiais, que conforme já exposto, afirma que a ação penal nos casos de lesão corporal é de natureza pública condicionada à representação, conforme seu art. 89.

De qualquer modo, os tribunais mantiveram-se firmes na aplicação da súmula editada pelo STF, fazendo o possível para a justificar, até o ano de 2009, quando sobreveio a Lei nº. 12.015, dando aos crimes sexuais a condição de serem processados por ação penal pública condicionada. O legislador não excetuou a hipótese de estupro mediante violência real, bem como o contexto vivido pelas mulheres diferente daquele de quando a súmula foi editada, eis que já haviam sido implementadas as delegacias da mulher e diversas aberrações jurídicas relacionadas aos crimes sexuais haviam deixado de existir, com a edição da própria lei. Assim, houve boa aceitação na mudança da redação do art. 225 do CP. Sobre a sobreposição da Lei nº. 12.015 à súmula 608, Nucci assevera:

*“A alteração legislativa produz efeito direto em relação à Súmula 608 do STF (“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”). Não vemos mais sentido na sua subsistência, advindo que foi de época passada, onde houve necessidade de imperar uma política criminal mais rígida, em favor da mulher estuprada. Na ocasião, não dispondo de outros meios de proteção, deixava de registrar a ocorrência do estupro, envergonhada, muitas vezes, de ter que contar*

---

<sup>130</sup> Alguns autores, fugindo do que continha nos julgados do STF à época da edição da súmula, afirmavam que a justificativa para que ação penal fosse pública incondicionada nos casos de crime de estupro mediante violência real, residia no fato de que no crime sexual havia a existência de constrangimento ilegal, ou delito que também era apurável mediante ação pública incondicionada. Seguindo essa linha: **MIRABETE**. Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. p. 1630.

*detalhes do crime para policiais do sexo masculino. Criou-se, então, a Delegacia da Mulher e outros avanços foram gerados, inclusive com o advento da Lei Maria da Penha. A referida Súmula não é vinculante e pensamos deva ceder à novel legislação penal. Portanto, ainda que o estupro seja cometido com violência real (agora contra mulheres e homens), a ação passa a ser pública condicionada à representação da vítima. Ora, assim sendo, a Lei 12.015/2009 é mais favorável no tocante à Súmula 608. Por isso, deve ser aplicada retroativamente. As ações penais públicas incondicionadas, por força da mencionada Súmula 608, devem ser obstadas, consultando-se a vítima, acerca da sua vontade de representar contra o réu”<sup>131</sup>.*

Portanto, a súmula 608 do STF caiu em desuso em 2009, mas não foi cancelada formalmente<sup>132</sup>. O que faz a nova alteração do art. 225 do CP, trazida pela Lei nº. 13.718, é justamente tornar à vida a disposição sumulada para todos os crimes de âmbito sexual.

Contudo, o pretende trabalho pretende discutir justamente até que ponto que essa mudança foi benéfica à vítima, já que, nos termo expostos por Nucci, no trecho disposto acima, no contexto atual, a ação penal condicionada á

---

<sup>131</sup> **NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. p. 706.

<sup>132</sup> Além do debate acerca da aplicabilidade ou não da Súmula 608 do STF e da possibilidade da aplicação do disposto no art. 101 do CP ao estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão grave, destaca-se que houve um pensamento que defendia que a ação penal nesses crimes deveria ser pública incondicionada, fundamentando-se, entretanto, no desrespeito a princípios constitucionais. Pautado nesse pensamento, o Procurador-Geral da República, em setembro de 2009, impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4301), com pedido de liminar, a fim de que o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput do art. 225 do Código Penal, diante da alteração pela Lei nº. 12.015 de 2009. Objetivava-se excluir do âmbito de incidência do art. 225 do CP os crimes de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte. Foram invocados os seguintes argumentos: que houve uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; que se ofendeu o princípio da proteção deficiente (este enquadrado como um dos aspectos do princípio da razoabilidade); que haveria a possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento se houvesse a modificação da ação penal para esses crimes, porquanto passariam a exigir a manifestação da vítima, sob pena de decadência. A ADI 4301 não chegou a ser julgada pelo STF até a entrada em vigor da Lei nº. 13.718 de 2018, pelo que acreditamos que perdeu o seu objeto. Nesse período, os tribunais superiores se dividiram em relação ao tema: aqueles que continuaram a entender que a ação penal pública incondicionada era a cabível no estupro mediante violência real (Nesse sentido: RHC 40.719/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 26/03/2014); e o que abraçaram a Lei nº. 12.015 de 2009 para todos os casos (STJ, RHC 39.538/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014).

representação é mais benéfica ao sujeito passivo dos crimes sexuais, que podem manifestar o seu consentimento com o início da ação penal, de modo à ação penal não vier a causar-lhe maior sofrimento.

#### **4.0 – A Lei nº. 13.718 de 2018**

A Lei nº. 13.718 de 2018, publicada em 25 de dezembro de 2018, promoveu diversas alterações nos dispositivos penais relativos aos crimes contra a liberdade sexual e contra vulnerável, inovando ao acrescentar tipos penais novos, sendo o seu nascedouro no Projeto de Lei nº. 5452 de 2016. Os crimes acrescentados são dois: a importunação sexual, agora previsto no art. 215-A do CP, e a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo de pornografia, no art. 218-C.

Conforme já foi visto, o crime de importunação sexual advém, principalmente, de um anseio social para punição mais grave de casos de prática de atos de caráter libidinoso em transportes públicos. Para solucionar o problema, o legislador elevou a importunação ao pudor, que antes era dita como contravenção penal, pelo art. 61 da Lei de Contravenções Penais, a status de crime propriamente dito, acabando de vez com interpretações ampliativas de outros tipos penais a que doutrina tinha certa tendência: pela irrelevância da pena prevista para a importunação ao pudor, tentava-se elevar as práticas cotidianas que atormentavam suas vítimas às condutas de violação sexual mediante fraude, ao próprio estupro, ou até mesmo de estupro de vulnerável, em casos onde a vítima encontrava-se dormindo.

Assim, de um lado o novo tipo penal resolve esse problema, dando uma resposta ao anseio social. Contudo, de uma outra perspectiva, pode ser que o legislador possa ter errado ao ter criado um tipo penal extremamente aberto, dando margem para que diversas tipos de conduta sejam enquadradas no tipo e, portanto, haja disparidade de situações. Considerações mais aprofundadas sobre essa perspectiva fogem da proposta deste trabalho.

Por seu turno, o novo art. 218-C do CP instituí o crime de divulgação de cena de estupro ou cena de estupro de vulnerável, cena de sexo ou de pornografia:

*Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave*

Trata-se de uma ampliação dos delitos contidos nos arts. 241 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº. 8.069 de 1990, de modo abarcar condutas que eram tidas, por exemplo, como difamação, pelo fato das vítimas não estarem no contexto do Estatuto (adultos). É também um tipo amplo, mas diferentemente da importunação sexual, o legislador taxou as condutas que se enquadram no tipo penal.

Outro ponto trazido pela Lei nº. 13.718, foi a inclusão de um § 5º no art. 217-A, que trata sobre o estupro de vulnerável, dispondo que: “*As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime*”. Essa era uma discussão acirrada na doutrina e na jurisprudência e também já tratada no tópico dos crimes sexuais contra vulneráveis.

Conforme havia sido estabelecido no REsp 1.480.881/PI, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, da terceira seção, julgado em 26 de agosto de 2015, a vulnerabilidade da vítima se dá unicamente pelo critério de sua idade, não sendo admitida a subjetivação desse critério com dados sobre o passado do adolescente em questão. Em que pese muitos doutrinadores se posicionarem contra esse entendimento, como por exemplo Guilher Nucci, o legislador teve por bem positivá-lo. Para autores com um viés mais garantista, tal acréscimo pode ser tido como inconstitucional, à medida que impede o julgador de analisar a ofensa ao bem jurídico, ou até mesmo o risco.

Por fim, a alteração que mais nos interessa é aquela promovida pela alteração da redação do art. 225 do CP. A Lei nº. 12.015 de 2009 havia instituído que o processamento dos crimes contra a liberdade sexual se daria através de ação penal pública condicionada à representação, o que vinha tendo aceitação na maioria

dos tribunais. Contudo, com a nova redação, a ação penal passa a ser incondicionada, assim como já se fazia para os crimes sexuais contra menores de 18 anos e contra vulneráveis.

É evidente, assim, o caráter punitivista da lei: procura-se a punição do agente ativo nos crimes sexuais, e tão somente a punição do agente ativo. Nada se dispôs sobre a vítima e o seu direito fundamental à privacidade, bem como não há razão de política criminal contundente para a referida alteração do art. 225 do CP. Foi o atendimento aos discursos que pregavam o endurecimento do tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, tão somente.

Entendemos que a lei deve refletir o anseio social de punição, mas se tal reflexo significar a desconsideração de um direito fundamental, da vítima ou do acusado, estaremos caminhando rumo a um status dialmetralmente ao Estado Democrático de Direito.

Finalizando este tópico, cabem algumas considerações sobre a possível retroatividade da alteração legislativa. Observa-se que não houve previsão de período de “*vacatio legis*”, pelo que a lei nova está vigente desde o dia 25 de setembro de 2018. Há diferença, contudo, na retroatividade de lei de caráter penal e de caráter processual.

O Código Penal logo em seu art. 1º já instituiu que: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. A previsão está consonância com o inciso XL do art. 5º da CF/88: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Doutra lado, no âmbito penal vige o princípio da imediatidade, também chamado de princípio da aplicação imediata da lei processual penal, que está positivado no art. 2º do CPP: “*a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”. Portanto, a retroatividade ou não da lei depende de sabermos precisar a sua respectiva natureza.

Tratando-se dos novos crimes trazidos pela Lei nº. 13.718, é evidente o caráter penal, já que cria novos tipos e revoga outros existentes, não tendo nada de benéfico ao réu, pelo que entendemos que a lei não retroagirá nesse aspecto. No que se refere à alteração do artigo 225 do CP, a retroatividade pode gerar dúvidas, já que a matéria da ação penal é tratada tanto no âmbito penal como no processual

penal, possuindo de certa forma uma hibridez. É direito material enquanto confere ao Estado um direito público autônomo para aplicação do ordenamento vigente, sendo direito processual a medida que é a própria materialização da forma como essa aplicação de dará.

Nestes termos, é razoável que se entenda pela não retroatividade do disposto no art. 225 do CP, por ser condição mais gravosa à figura do acusado, devendo sua aplicação ser observada para os crimes ocorridos depois de sua vigência.

## 5.0 – Direito Fundamental atingido em tese

Conforme vimos, a razão de política criminal para a diferenciação da ação penal pública incondicionada para a condicionada à representação, é a proteção ao *strepitus iudicii*. Em resumo, para evitar danos no campo íntimo da vítima de determinado crime, o legislador limita o *jus persecutionis*, que lhe é atribuído, à vontade da própria vítima. Esse dano ao campo íntimo está diretamente ligado ao direito fundamental à privacidade, disposto no art. 5º, inciso X, da CF/88: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

O direito fundamental à privacidade tem o seu nascedouro na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, ganhando muita força após o término da Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no século passado<sup>133</sup>. No Brasil, o marco que temos é a promulgação da CF, que elencou diversos direitos fundamentais, estando o da privacidade no meio deles, conforme mencionado. Como também é tido como um direito da personalidade, o Código Civil também procurou dar-lhe proteção própria em seu art. 21, que assim dispõe: “*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a*

---

<sup>133</sup> COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 14.

*requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.*

Referido direito fundamental possui diferentes definições na doutrina, já que não possui uma indicação cerrada na lei. Em um primeiro momento histórico, é remedido ao *right to privacy* ou *right to be let alone*, que significa uma prerrogativa do indivíduo frente ao Estado de poder reclamar a proteção a não interferência de terceiros (incluído o próprio Estado) em sua vida<sup>134</sup>.

Contudo, a abrangência deste direito é muito mais ampla. Um dos seus grandes estudos na atualidade foi realizado pelo americano Daniel Solove, da Universidade de Washington, no livro *Conceptualizing Privacy*. O autor norte-americano aponta que 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*)<sup>135</sup>.

Tomando por base tais exposições, podemos afirmar que a privacidade, enquanto direito fundamental, compõe uma vertente da própria dignidade da pessoa

---

<sup>134</sup> **ONEDA**, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

<sup>135</sup> **SOLOVE**, Daniel J. **Conceptualizing Privacy**. California Law Review. California, 2002. *apud* **SYLVESTRE**, Fábio Zech. **O direito fundamental à privacidade face à administração pública**. II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais. Maravilha: Editora Unoesc. 2012. p. 119.

humana , conforme Pontes de Miranda já falava no século passado, quando então o citava como direito da personalidade<sup>136</sup>.

Assim, acredita-se que há a violação do direito à privacidade, em um sentido amplo, quando o Estado passa a permitir a persecução penal em casos onde o crime praticado envolve, inevitavelmente, dados íntimos da vítima, sem que essa possa opor o seu constrangimento como óbice à ação. Em uma perspectiva constitucionalista, a princípio, não há gravidade latente nessa violação, eis que do outro lado se tem o interesse público, sendo que, conforme ensina, no conflito de princípios um deve ceder espaço ao outro<sup>137</sup>.

Contudo, deve-se ponderar é correta esta sobreposição, eis que o valor sobreposto relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, e, portanto, com o próprio Estado Democrático de Direito.

## **6.0 – Conflitos de princípios: privacidade e intimidade x interesse público na ação penal pública**

A esse ponto da monografia já foram trabalhados os institutos jurídicos que cercam o tema principal da pesquisa. Cabe, portanto, algumas considerações sobre o embate que se suscita entre a privacidade da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, em face do interesse público na ação penal pública, entendido como o anseio da sociedade em ver a efetiva punição dos infratores com aplicação sérias da lei nos crimes com alto grau de reprovação social.

O embate de princípios é sempre uma tarefa desafiadora, e pode abrir margem para diferentes interpretações, já que o ordenamento não diz expressamente, na maioria dos casos, qual deve ser preferido. Assim, desde já fica

---

<sup>136</sup> **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971. p. 11-15.

<sup>137</sup> **ESPÍNDIOLA**, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 70.

esclarecido que não contempla o intuito desta monografia desmerecer trabalhos jurídicos que tenham obtidos diferentes percepções.

Conforme se viu nos tópicos acima, as razões para a reforma legislativa trazida pela Lei nº. 13.718 são bem rígidas e, para muitos, a mudança de panorama representou significativo avanço no que diz respeito à persecução penal<sup>138</sup>. Mas será que podemos acolher a mudança como um acerto legislativo e dar a discussão por encerrada? Se respondermos sim a essa questão, o presente trabalho não terá razão de ser e está fadado a ser mais uma obra jurídica irrelevante à sociedade acadêmica. Mas acreditamos profundamente que foi possível que a lei mencionada possa ter errado em um ponto: em momento algum se considerou ser benéfica ou não a mudança à vítima.

Não se pode considerar unicamente a facilitação da repressão de delitos como fator determinante para uma reforma legal. Ora, sabemos e concordamos que os crimes contra a liberdade sexual causa grande repulsa no meio da sociedade, e a lei deve refletir isso. Por este motivo, conforme já exposto, o estupro é considerado crime hediondo. Mas através da construção histórica que foi elaborada podemos observar que este fato advém de uma cultura que considerava a mulher, maior vítima desse crime (e por muito tempo, a única), como pertencente ao patrimônio do marido, e uma ofensa à sua liberdade sexual era uma afronta, em primeiro lugar, aos costumes da sociedade e ao seu esposo. Acredita-se que se vive um novo panorama onde o estupro deve ser considerado um crime hediondo pela afronta ao corpo de um ser humano, bem como pelos traumas psicológicos capazes de causar

---

<sup>138</sup> A professora da UniCeub Fernanda Gomes aponta que “*simplifica, facilita, traz segurança jurídica para todos: autor, que deve ter bem claro para si que praticar ato libidinoso sem adesão do parceiro é crime e vai sim ser processado; vítima, que não precisa dar explicações: comunica o fato e a polícia faz o resto; polícia, que tem o dever legar de instaurar inquérito e investigar sem perquirir se a vítima quer ou não quer; e a sociedade, que avança no entendimento de que o direito de alguém tem limite no direito do outro, que a roupa, horário, local, postura, comportamento social, estado civil, porte físico, orientação sexual etc, não interferem no reconhecimento de que um crime ocorreu*”. GOMES, Fernanda Maria Alves. **Até que enfim: ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais**. Migalhas de Peso. 2. out. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI288441,51045-Ate+que+enfim+acao+penal+publica+incondicionada+para+os+crimes+sexuais>. Acesso em: 20. nov. 2018.

a sua vítima, desconstruindo-se a carga machista que o crime possuía. Em outras palavras, o bem jurídico protegido é efetivamente o corpo humano.

Por esse caráter de hediondez, pode se afirmar que havia incompatibilidade no crime de estupro ser considerado objeto de ação penal pública incondicionada, ou seja, a reprovação do crime pela sociedade é tão grande que ultrapassa o âmbito da vítima ter o poder de condicionar sua vontade ao início da persecução penal. No entanto, os crimes contra a liberdade sexual não se resumem no estupro. Conforme se viu acima, há outro três tipos penais menos graves que devem ser igualmente analisados pelo legislador.

A mulher agora deixou de estar à sombra do marido, e cada dia que se passa tem a sua independência jurídica consagrada em ações e políticas que buscam a igualdade gênero. Vivemos, portanto, em um novo paradigma no âmbito desses crimes. Posto isso, há que se perguntar o motivo de se retirar do alcance do ofendido nos crimes de assédio sexual, por exemplo, onde as mulheres são na maior parte dos casos as vítimas, a faculdade de se dar início à ação penal. Observe que os crimes de importunação e assédio sexual tem pena mínima prevista de 01 (ano) para ambos. Não está a se dizer que são crimes sem gravidade e que não merecem a repulsa do ordenamento. Mas apenas pretende-se a ponderação: a proteção à intimidade da vítima é menos importante ao ordenamento do que o interesse público em se punir um criminoso com pena restritiva de direitos, isso considerando a pior das situações, meramente por haver uma conotação sexual no crime?

Novamente afirma-se: um crime deve ser considerado hediondo pela afronta ao corpo de um ser humano, bem como pelos traumas psicológicos capazes de causar a sua vítima, desconstruindo-se eventual carga machista no tipo penal. O crime de estupro se encaixa dentro dessa definição, bem como, talvez, a violação sexual mediante fraude. Mas definitivamente não estão o assédio e a importunação sexual, pelo que reforçamos a importância da discussão que aqui se trava.

É claro que muitos podem afirmar ser subjetiva a análise da reprovabilidade de determinado delito, e que, portanto, o resultado final ficaria a cargo de quem analisa, através de critérios próprios. Para evitar esse tipo de críticas, utilizou-se de algo objetivo: as penas bases para cada crime. Nos parece por demais

raso que delitos com pena base de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão para importunação sexual, e 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção para o assédio, sejam considerados objeto de ação penal pública incondicionada, ignorando o direito fundamental de privacidade da vítima.

Diz-se ignorando o direito de privacidade da vítima pois em uma ação penal que se apure a prática de um delito contra a liberdade sexual deve restar cabalmente comprovada a autoria e materialidade, através das provas carreadas no curso do processo, a fim de que o juiz condene ou absolva o réu, com a devida aplicação o direito ao caso concreto <sup>139</sup>. Sabe-se que as provas comumente colhidas no processo penal são: testemunhal, consistente na oitiva das testemunhas; oral, na colheita dos depoimentos das partes envolvidas; e de corpo de delito <sup>140</sup>. Ocorre que a existência da prova testemunhal é incomum nessa espécie de crime, por ocorrerem, na maior parte das vezes, na clandestinidade, onde os personagens que presenciam o ocorrido são os próprios envolvidos no crime, autor e vítima, e raras são os casos onde existem diversas provas aptas a lastrearem a condenação do réu. Soma-se ao fato de que em grande partes dos casos os exames periciais não são suficientes para a efetiva prova da materialidade, conforme discorre Furniss:

*“a prova forense e a evidência médica estão disponíveis apenas em uma minoria dos casos (...) Os profissionais terão de conviver com o fato de que também no futuro a maioria dos casos não terá evidência médica conclusiva de abuso sexual. Por exemplo, um grave abuso oral prolongado pode não ser medicamente detectável. Mas até mesmo uma clara evidência médica de abuso sexual muitas vezes ainda não constitui prova forense no que se refere à pessoa que cometeu o abuso”<sup>141</sup>.*

---

<sup>139</sup> **GRECO FILHO**, Vicente. **Manual de processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

<sup>140</sup> Conforme expõe Avena, o exame de corpo de delito “*compreende-se a perícia destinada à comprovação da materialidade da infração que deixa vestígio (...) Tal conceituação decorre da exegese do art. 158 do Código de Processo Penal, dispondo que 'quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado'*”. **AVENA**, Norberto. **Processo penal: versão universitária**. São Paulo: Método, 2009. p. 267

<sup>141</sup> **FURNISS**, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e Intervenção legal integrados**. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993. p. 28.

Nesse ínterim, temos que o depoimento da vítima deverá ser valorizado de forma mais pertinente, sendo indispensável para a efetiva análise da materialidade e autoria do crime praticado, de modo que a característica de clandestinidade não venha, de algum modo, beneficiar o delinquente. Nesse sentido, preconiza Tourinho filho que nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra do ofendido constitui vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, esturador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem<sup>142</sup>.

A situação permanece a mesma no caso em que a materialidade do delito seja cabalmente provada mediante os exames periciais aplicados no respectivo crime, eis que para a prova da autoria ainda necessitará do depoimento da vítima. Assim, reforça o professor Bittencourt:

*“Nesses delitos, como em geral nas infrações contra os costumes, dificilmente se há de conceber outro elemento direto, além da palavra da vítima para a prova da autoria. O elemento material do crime pode e deve ser provado por outro meio (corpo de delito direto ou indireto), mas a afirmação relacionada à pessoa que o praticou merece especial consideração. [...] Nesta matéria, talvez mais do que em nenhuma outra, a palavra da vítima será levada em boa consideração. Não apenas à míngua de elementos mais seguros, mas – segundo a sábia ponderação de Carrara – desde que haja segurança de informação, ao abrigo de qualquer dúvida, sobre o elemento material do delito, a prova da autoria pode ser buscada na palavra da vítima”<sup>143</sup>.*

Seguindo o que preconiza estes autores, o STJ vem decidindo reiteradamente sobre a importância do valor probatório da vítima nos crimes contra a liberdade sexual. Confira alguns acórdãos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IN DUBIO PRO REO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **Nos crimes de natureza sexual, frequentemente praticados às ocultas e na ausência de testemunhas, a palavra da vítima assume valor proeminente.** Neste caso, porém, a eg. Corte de origem destacou que, apesar de existirem elementos que, a princípio corroboram a versão apresentada pela vítima, também é fato que há indícios que amparam a versão exculpante apresentada pela defesa do acusado, de

---

<sup>142</sup> **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo Penal**. p. 336

<sup>143</sup> **BITTENCOURT**, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1971. p. 105

modo a viabilizar a invocação do princípio do in dubio pro reo. (...) (AgRg no AREsp 1118273/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 18/10/2018)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INCOMUNICABILIDADE DA TESTEMUNHA. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, após acurado exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, de modo que, para afastar o entendimento do aresto recorrido, seria necessária incursão na seara probatória, vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. 2. **É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios.** (...) (AgRg no AREsp 1301938/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. **A fundamentação adotada pela Corte Estadual acompanha o entendimento jurisprudencial consagrado neste Sodalício no sentido de que, em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes que atentam contra a liberdade sexual, praticados, no mais das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavra da vítima adquire relevo diferenciado, como no caso destes autos.** (...) (AgRg no AREsp 1245796/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018)

Assim, chegamos a seguinte situação: nos crimes contra a liberdade sexual, oferecida e aceita a denúncia, o juiz mandará citar o réu, e, após a oposição da contestação, designará audiência de instrução onde na maior parte dos casos o depoimento da vítima será a maior prova a se considerar. Sabemos que os crimes desta espécie tem por característica causarem danos psicológicos e enorme constrangimento aos ofendidos, em razão do pesado estigma que carregam, e que portanto, a tomada de depoimento da vítima em uma ação penal, onde devem restar esclarecidos minuciosos detalhes sobre a materialidade e autoria a fim de dar

credibilidade à prova, é potencialmente uma forma de revitimização, já que reavive a dor e o trauma suportados, atingindo e lesando o direito à intimidade da vítima<sup>144</sup>.

Conforme foi afirmado na parte inicial deste trabalho, em determinados casos, o processo penal revela-se desgastante às partes envolvidas, pois faz com que experimentem momentos desagradáveis. O aspecto psico-emocional dos envolvidos na ação penal, vítima e acusado, fragiliza-se em decorrência da afloração de sentimentos como a insegurança, o medo, e, em alguns casos, até mesmo a depressão. Assim, reforça-se a constatação de que a alteração legislativa proporcionada pela lei nº. 13.718 de 2018, no que se refere a mudar o tratamento dos crimes contra liberdade sexual para ação penal incondicionada, gerou dano ao direito fundamental à privacidade das vítimas nestes crimes, que deixaram de possuir a prerrogativa de condicionar sua vontade ao início da persecução penal.

Devemos sopesar, porém, que uma das características dos direitos fundamentais é a relatividade. Isso quer dizer, em síntese, que não há direito fundamental que seja absoluto, pois isso seria uma contradição em termos, já que podem ser relativizados. Isso ocorre porque os direitos fundamentais podem entrar em conflito, não havendo previsibilidade de qual prevalecerá, eis que essa é uma análise que deve ser feita casuisticamente. Conforme ensina o professor Konrad Hesse:

*“a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental”.*<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Cabe aqui ressaltar que o programa Depoimento Sem Dano (DSD), advindo da Recomendação nº. 33, de 23 de novembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, consistente na tomada de depoimento da vítima de crimes com conotação sexual em ambiente com preparo própria e por equipe multidisciplinar especializada, com escopo de reduzir os possíveis traumas, abrange tão somente as vítimas menores de 18 anos. Portanto, o tipo penal contemplado não se encontra naqueles trabalhos nesta monografia, já que a criança e adolescente é considerado vulnerável, tendo um dispositivo próprio para seu tratamento.

<sup>145</sup> **HESSE**, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998. p. 256.

Esse entendimento exposto por Hesse reflete o fato de que a relatividade deve dialogar com a proporcionalidade e a razoabilidade, ou seja, deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, sendo este o parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos, conforme entendimento consagrado pelo STF. Confira:

*“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20”*

Sobre a conflituosidade entre direitos fundamentais, reforçando o exposto, o professor João Calvancante Filho ensina que nos casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer: apenas analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução “de consenso”, que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito (não se deve sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito).<sup>146</sup>

O principal autor que trata sobre a conflituosidade de princípios é Robert Alexy, segundo o qual a resolução destes embates devem ser pautados na argumentação racional orientada pela proporcionalidade, o que exige uma escala

---

<sup>146</sup> **CAVALCANTE FILHO**, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Portal TV Justiça. Abr. 2016. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf). Acesso em 16. nov de 2018

concreta e fixa de valores morais<sup>147</sup>. Conforme nos ensina Alexy, a colisão entre direitos fundamentais faz com que a hermenêutica jurídica identifique as suas respectivas limitações. Estes conflitos podem se dar de duas maneiras: uma ampla, entre um princípio de direito fundamental individual e outras normas de interesse coletivo, e outra estrita, apenas entre princípios de direitos fundamentais<sup>148</sup>. A professora Mônica Júdice, destrinchando essa proposta de Alexy, expõe que:

*“Primeiramente, as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito surgem sempre que o exercício ou realização do direito fundamental de um titular do direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular. Pode-se tratar de direitos de caráter idêntico, como ocorre na hipótese se desferirem tiros sobre um seqüestrador com o objetivo de proteger a vida do refém, ou de direitos de caráter diversos, como ocorre entre a liberdade de imprensa e de opinião e os direitos fundamentais à honra e à vida privada dos atingidos pela manifestação da opinião. Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, sendo que não há uma relação de precedência incondicionada”*.<sup>149</sup>

Evidencia-se que no caso em tela temos uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo: de um lado o direito à privacidade da vítima do crime contra a sua liberdade sexual, e de outro o interesse fundamental coletivo na persecução penal. Passemos então à solução do conflito, verificando se a relativização do direito à privacidade atende os critérios citados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre cada um desses critérios, observe o que diz o STF:

“Assim, observa-se a adequação ou conformidade da medida quando houver a congruência entre a providência adotada e a finalidade da norma. Na observação do subprincípio da necessidade, a decisão tomada é considerada necessária quando nenhum outro meio, igualmente efetivo,

---

<sup>147</sup> **ALEXY**, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p.1.

<sup>148</sup> **ALEXY**, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001. p.54

<sup>149</sup> **JÚDICE**, Mônica Pimenta. **Conflitos no direito: Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2. mar. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras](https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras). Acesso em: 16. nov. 2018.

possa ser adotado. A necessidade deve ser avaliada de forma quantitativa e qualitativa, traduzindo a máxima “dos males o menor”. E, por último, à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a medida deve ser avaliada em face da relação custo-benefício da restrição”. STF. RECURSO ORD. E M MANDADO DE SEGURANÇA 28.208 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. Julgamento em 25/02/2014.

Destarte, vamos observar primeiramente se a relativização do direito à privacidade da vítima é adequada, ou seja, se há congruência entre a mudança legislativa ocorrida e a finalidade a que se destinou. Esta finalidade foi observada neste trabalho com clareza no tópico referente ao Projeto de Lei nº. 5.452 de 2016, que foi transformado na Lei nº. 13.718 de 2018: o legislador teve por necessário atender os clamores sociais de endurecimento da legislação referente aos crimes sexuais. De fato, considera-se que a transformação da ação penal pública em incondicionada para todos os casos causa certa sensação de rigidez da norma penal, admitindo-se, assim, há congruência entre a nova redação do art. 225 do CP e a finalidade procurada pelo legislador.

Passemos então ao critério da necessidade. Em um cenário geral, os crimes contra a liberdade sexual são altamente reprovados pela sociedade, o que fazia com que a doutrina e a jurisprudência inclusive trabalhasse com a extensão do tipo penal e fim de enrijecer as condutas práticas. Um exemplo clássico era o fato da contravenção penal prevista no art. 61 da Lei de Contravenção, não apresentar pena capaz de inibir a prática delituosa, pelo que tentava-se enquadrar a conduta como o ato libidinoso previsto no art. 213 do CP, conforme exposto nesse trabalho. Daí o acerto de se instituir o crime de importunação sexual, ainda que ressalvadas as problematizações do tipo. Enfim, não se enxergava um sentimento de impunidade no âmbito desses crimes.

É claro que haviam algumas exceções, como, por exemplo, a recorrente prática do crime de violação sexual nas relações de médico e paciente, e a extinção do direito de ação pela decadência, tratada no tópico discussões jurisprudenciais e doutrinárias. No entanto, para este caso bastava que o legislador incluísse no tipo penal do art. 217-A do CP a vulnerabilidade técnica, fazendo com que deixasse de ser necessária a representação para o início da persecução penal exclusivamente em casos como esse. Enxerga-se, portanto, que existiam outras opções legislativas para tratar das eventuais inconsistências que davam margem à impunidade.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, não nos parece que há custo-benefício vantajoso na violação do direito à privacidade. Ora, para se evitar a impunidade em casos específicos e percentualmente menores, se comparados dos demais tipos, mudou-se o regramento para propositura da ação penal em todos os quatro delitos previstos no capítulo. Ainda, há que se considerar que as vítimas que veem-se tolhidas do direito de exercer a representação, são maiores, capazes de si própria, não entendendo-se porque considerou-se que não poderia exercer um ato que não exigia nenhuma formalidade.

Tomamos as acertadas considerações de Aury Lopes Jr. sobre a mudança proposta da lei:

*“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, a 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. 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**”<sup>150</sup>.*

---

<sup>150</sup> 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. 2018.

Nesse mesmo sentido, segue o posicionamento do 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 vitimologia”<sup>151</sup>.*

Nestes termos, é bastante que se acredite que não é devida a relativização do direito fundamental à privacidade, eis que não atendidos os requisitos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Há que se reconhecer, portanto, que a disposição do novo artigo 225 do CP afronta substancialmente a disposição constitucional do art. 5º, inciso X.

É verdade que a lei nº. 13.718, ainda quando era apenas um projeto de lei, passou pelo crivo das comissões de constituição e justiça nas casas legislativas com escopo principal de se identificar eventual inconstitucionalidade. Trata-se de espécie de controle de constitucionalidade preventivo do Poder Legislativo. Conduto, pelos levantamentos realizados nesse trabalho, observa-se que o controle preventivo possa não ter funcionado, sendo necessário a suscitação da discussão mediante ação constitucional própria, tal como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, inciso I, alínea da CF. Por certo, a discussão também poderá ser suscitada por ação processual derivada de controle difuso, cabendo ao STF, em todos os casos, a incumbência de se afirmar ou negar eventual inconstitucionalidade.

Se tomada a perspectiva trabalhada no presente trabalho, o STF deve entender pela inconstitucionalidade parcial da Lei nº. 13.718 de 2018, no que refere à alteração da redação do art. 225 do CP.

---

<sup>151</sup> FREITAS, Bruno Gilaberte. **Lei nº. 13.718 de 2018: importunação sexual e pornografia de vingança**. Canal ciências criminais. Rio de Janeiro. 25 de set. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>. Acesso em: 16. Nov. 2018

## 7.0 – Direito Comparado

Nota-se que o embate travado é intrigante e dá margem para que o pesquisador jurídico venha a ter resultados inconclusivos. Portanto, afim de enriquecer um lado na discussão, qual seja o da inconstitucionalidade, o direito comparado pode ser utilizado como fonte do direito, para saber o tratamento do crimes contra a liberdade sexual, principalmente o estupro, em alguns países do nosso globo, especialmente pelo fato da matéria tratada ser recentíssima e não haver posições doutrinárias consolidadas bem como inexistência de julgados abordando a matéria.

Conforme preconiza Carlos Almeida, “o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas”<sup>152</sup>. Assim, façamos a análise proposta, observando como a matéria é tratada na Espanha, na França, em Portugal, na Itália e na Argentina.

### 7.1 – Espanha

No país da Espanha, o principal crime contra a liberdade sexual é a agressão sexual, aqui equivalente ao estupro, e é prevista nos artigos 178 e 179 do CP espanhol. Confira:

*Artículo 178 - El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.*

*Artículo 179 - Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos*

---

<sup>152</sup> **ALMEIDA**, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998. p. 9.

No primeiro tipo penal, pune-se o atentado, de qualquer natureza, contra a liberdade sexual de homem ou mulher, desde que haja violência ou intimidação. O segundo prevê uma agressão mais grave, quando há a efetiva conjunção carnal. É equivalente ao artigo 213 do nosso CP dividido em duas partes: a primeira punindo o ato libidinoso, e a segunda a efetiva conjunção carnal, como também fazia o nosso código antes da reforma da Lei nº. 12.015 de 2009, com o estupro e o atentado violento ao pudor.

No âmbito processual, o art. 191 regula a matéria

*Artículo 191 - 1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.*

*2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.*

Temos que a ação penal, de titularidade do Ministério Público, só poderá ser iniciada após a “denúncia” da vítima, que aqui é equivalente à representação, como se aqui fosse a ação penal pública condicionada. Quando a vítima for incapaz civilmente, a denúncia poderá ser feita por seu representante legal ou o MP poderá ingressar desde logo com a AP.

A condenação dos réus acusados da prática de agressão sexual precisa estar embasada em provas contundentes, pelo que a prova pericial no corpo da vítima logo após a prática do delito é essencial. Por essa razão, o art. 105 do código processual penal espanhol permite ao MP o início da ação penal sem a “denúncia” da vítima, com o intuito de proceder a colheita de provas inicial:

*Artículo 105 1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.*

*2. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.*

**La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.**

No país existem postos de saúdes em que as vítimas de agressão sexual se socorrem para exames prévios relativos às doenças sexualmente transmissíveis,

bem como para tratamento especializado a fim de minimizar os danos causados pela prática dos crimes sexuais. Juan Carlos Vegas, especialista na área, aponta que quando a vítima se direciona a estes centros de saúde e noticia o crime, o MP já está habilitado para proceder com o ingresso da AP a fim de coletar os primeiros vestígios do crime, para que quando houver efetivamente a denúncia da vítima, estes não se perderem:

*“Um dos principais problemas que os operadores da lei enfrentam é que esse tipo de crime precisa de uma denúncia prévia para iniciar a ação penal. No entanto, e como mostramos neste artigo, há apoio legal para quando uma mulher (ou um homem) for a um centro de saúde ou a um serviço de emergência com suspeita de ter sido abusada sexualmente, as primeiras medidas cautelares podem ser tomadas para preservar as provas, sem que a vítima tenha que denunciar os fatos perante uma autoridade judicial ou policial”<sup>153</sup> a tradução é nossa.*

Portanto, na Espanha, o tratamento conferido ao estupro, o crime mais grave contra a liberdade sexual, é semelhante aquele da ação penal pública condicionada, necessitando da aquiescência da vítima para que o “processo criminal” seja iniciado.

## 7.2 – França

Na França os crimes em geral são separados em três categorias: “*delit*”, “*crime*” e “*contravention*”. A primeira, o *delit*, refere-se à categoria intermediária no critério gravidade dos crimes; a segunda, o *crime*, às condutas com maiores penas;

---

<sup>153</sup> Texto original: “*Uno de los principales problemas con los que nos encontramos los operadores del derecho es que esta clase de delitos necesita denuncia previa para poder iniciar el proceso penal. Sin embargo, y como hemos demostrado en estas líneas, existe sustento legal para que cuando una mujer (o un hombre) acuda a un centro de salud o a un servicio de urgencias con la sospecha (por haber sido violada con la anulación de su voluntad) o con la certeza de haber sido violada se puedan practicar unas primeras diligencias a prevención, sin necesidad de que la víctima denuncie los hechos ante una autoridad judicial o policial*”. VEGAS, Juan Carlos. **Actuaciones penales y procesales ante un delito contra la libertad sexual**. 15. ago. 2016. Disponível em: <https://tribunafeminista.elplural.com/2016/08/actuaciones-penales-y-procesales-ante-un-delito-contra-la-libertad-sexual/>. Acesso em 19. nov. 2018.

e a terceira, a *contraventi*”, aos crimes de menor potencial ofensivo. Cada uma dessas categorias possuem um órgão julgador diferente. Pela sua essência hedionda, o estupro é considerado com um *crime*, sendo, portanto, de competência do *Cour d’assises* (uma espécie de Tribunal do Júri). O crime é previsto no artigo 222-23:

*Article 222-23 Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.*

*Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.*

Para início do processo penal, a vítima deve ir à autoridade policial e narrar os fatos, que serão levados a termo e encaminhados ao MP, único legitimado para ingresso da ação penal cabível. Contudo, frequentemente os fatos narrados são objetos de *correctionnalisation*, pelo próprio MP ou pelo *Cour d’assises*, passando os fatos a serem interpretados como *agression sexuelle*, um crime de natureza mais branda, cujo órgão julgador é o *Tribunal correctionnel*.

O instituto da *correctionnalisation* é uma espécie de desclassificação, e é utilizado para adequar os fatos narrados ao tipo penal devido. Contudo, no caso do estupro, os índices de sua aplicação são enormes, chegando a 70% dos casos, fazendo com que venha-se a acreditar que é utilizada com o escopo de desafogar o serviço do *Cour d’assises*<sup>154</sup>.

Temos, portanto, que a legislação francesa confere proteção plena aos crimes de caráter sexual, contudo, os tribunais incumbidos do processamento e julgamento das respectivas ações, de titularidade do MP, não vem realizando a interpretação a ponto de satisfazer os anseios sociais de repressão aos crimes.

### 7.3 – Portugal

---

<sup>154</sup> **BOULTBOUL** Sophie. **Quand le viol n’est plus un crime**. Magazine Le Mond diplomatique. nov. 2017. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/11/BOULTBOUL/58085>. Acesso em 20. nov. 2018.

No direito português os crimes contra a liberdade sexual também ostentam um capítulo específico para o seu tratamento. São trazidos no Capítulo V, Seção I do CP português. O crime conhecido aqui como estupro, em Portugal é chamado de coacção sexual e violação, sendo os arts. 163º e 164º, respectivamente:

*Artigo 163.º Coacção sexual*

*1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

*2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.*

*Artigo 164.º Violação*

*1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.*

*2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.*

O primeiro artigo é equivalente ao tipo penal brasileiro de violência grave ao pudor, que foi englobado do estupro. O termo *acto sexual* pode ser entendido como o ato libidinoso, tendo a mesma abertura para sua prática, podendo ser através de diversos meios. Já o segundo, tratando da violação propriamente dita, relaciona-se à conjunção carnal, e, por tal razão, traz pena mais elevada.

Há previsão de diversos outros crimes que intentam a proteção da liberdade sexual, tais como o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165º), abuso sexual de pessoa internada (art. 166º), fraude sexual (art. 167º), entre outros. Destaca-se que o CP português também prevê o crime de importunação sexual, porém com o sentido do crime que aqui conhecemos como assédio:

*Artigo 170.º Importunação sexual*

*Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

Semelhantemente à França, pelo regramento contido no CPP português, o único titular da ação penal é o Ministério Público, órgão que também é responsável

pela condução do inquérito policial, assistido pelos órgãos de política criminal. Ao fim do inquérito, assim como acontece no Brasil, estando o MP certo da existência de indícios de autoria e materialidade, a acusação é proferida, sendo o julgador definido em acordo com cada crime.

O tipo penal pode possuir natureza de público, semipúblico ou particular. O de natureza semipública é aquele onde há a necessidade de se proceder mediante “queixa”<sup>155</sup> do ofensor ou seu representante legal ou sucessor, de modo idêntico à ação penal pública condicionada aqui no Brasil. Já o crime particular é aquele onde a própria vítima será constituída como assistente ou poderá proceder com a acusação particular, sendo o caso emblemático o crime de injúria e difamação.

Por fim, será de natureza pública o tipo penal em que não haja disposição em contrário. Ou seja, no silêncio da lei, o crime possui natureza pública. Nesta hipótese o MP não depende de nenhuma formalidade para abertura do inquérito bem como para proferir a acusação, bastando que tenha conhecimento da ocorrência do crime. Esta é natureza dos crimes contra a liberdade sexual, já que os tipos penais não indicam a necessidade de se proceder mediante “queixa” do ofendido.

#### **7.4 – Itália**

A legislação penal italiana possui algumas semelhanças com a brasileira, sendo a principal que podemos destacar a recorrente incidência de alterações legislativas nos tipos penais. No âmbito dos crimes que protegem a liberdade sexual, a sistemática segue aquela presente no CP brasileiro antes da reforma introduzida pela Lei nº. 13.718 de 2018.

Atualmente, o crime de estupro no CP italiano está presente no art. 609, confira:

*Art. 609 Bis - Violenza sessuale. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace*

---

<sup>155</sup> CP Português – Art. 113º. 1. Quando o procedimento criminal depender de queixa, tem legitimidade para apresentá-la, salvo disposição em contrário, o ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação.

*chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*

Observa-se que se tipifica a prática de ato sexual de um modo geral, não se preocupando em tratar especificadamente da conjunção carnal. O dispositivo é objetivo e não dá margem para teses que procuram “as brechas da lei”. O processamento do crime será através de ação penal pública movida pelo MP com a expressa manifestação da vítima, tal como acontece com a representação no Brasil. Isso, em decorrência da redação do art. 609 septies:

*Art. 609 Septies - Querela di parte. I delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-quater sono punibili a querela della persona offesa. Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La querela proposta è irrevocabile. Si procede tuttavia d'ufficio:*

*1) se il fatto di cui all'articolo 609-bis è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni diciotto;*

*2) se il fatto è commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia c*

*4) se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio;*

*5) se il fatto è commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609-quater, ultimo comma*

*on esso una relazione di convivenza;*

*3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;*

A principal diferença com a representação do direito brasileiro é que aquela estatuída no artigo transcrito não pode ser revogada, pelo que estando o MP uma vez autorizado a dar início à persecução penal, a vítima não guarda o poder de obstar o prosseguimento do processo penal até o recebimento da denúncia pelo juiz, diferente de como ocorre no direito pátrio.

No demais, as semelhanças são bem perceptíveis, conforme já mencionado: excetuam-se os crimes praticados contra vulnerável; o prazo decadencial é de seis meses; se em concurso com crime de natureza *ex officio* não haverá a necessidade de representação; entre outras semelhanças.

## 7.5 – Argentina

Por fim, na nossa vizinha Argentina também optou pela legislação protetiva ao direito de privacidade da vítima dos crimes contra sua *integridade sexual*. O crime de estupro e suas peculiaridades estão contidos no art. 105 do CP argentino que assim dispõe:

*ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

*La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.*

*La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.*

*En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:*

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

*En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).*

O tipo penal é dividido em três partes, sendo dispostas em ordem de gravidade, sendo a última a prática com a efetiva conjunção carnal. Aqui o legislador fez questão de instituir a prática do crime por meio fechado, ou seja, dizendo taxativamente qual é a conduta tipificada.

A ação penal será de natureza pública, havendo, contudo, a necessidade da vítima proceder mediante representação, conforme disposição do art. 132:

*ARTICULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.*

Depreende-se, assim, que há diversas legislações nos países europeus e americanos que instituem a representação da vítima do crime sexual como requisito para prosseguimento da persecução penal, tal como ocorria em nosso país até a mudança da redação do art. 225 do CP, pela Lei nº. 13.718 de 2018.

## **8.0 – Conclusões**

O presente trabalho abrangeu a sistemática processual envolvida nas ações penais que tem por objeto os delitos que atingem o bem jurídico da liberdade sexual, a fim de se identificar eventual erro legislativo na nova redação do artigo 225 do CP.

Em um primeiro momento, nota-se que até recentemente esses crimes carregavam consigo fortes traços de legislações pretéritas, que possuíam claras previsões machistas. O ponto que minimizou tais características, no âmbito no CP, foi a reforma trazida pela Lei nº. 12.015, de 2009, que entre diversas mudanças, unificou o crime de atentado violento ao pudor com o estupro, e estabeleceu que, para os crimes contra a liberdade sexual, a ação cabível era a ação penal pública condicionada.

Recentemente nosso congresso aprovou o Projeto de Lei nº. 5.452 de 2016, instituindo a Lei nº. 13.718 de 2018, que igualmente reflete significativa mudança no âmbito dos crimes sexuais: novos tipos penais foram criados, corrigindo algumas inconsistências tidas pela lei anterior; alguns mais brandos foram revogados; entre outros pontos. Na percepção desta monografia houve erros e acertos e foi evidenciado o caráter punitivista desta reforma, que causou a falta de sensibilidade do legislador para com a vítima do delito sexual, que passa a não mais possuir a prerrogativa de manifestar sua autorização com o início da ação penal, podendo ter seu direito de privacidade atingido.

Percebe-se que o direito fundamental à privacidade é cercado por grande complexidade, e não há um consenso doutrinário sobre sua definição. Contudo, sabe-se que ele é composto pelo direito à intimidade, que refere-se à informações do âmbito unicamente pessoal do indivíduo. Uma vez que o Estado impõe ao indivíduo o início de uma ação penal que apure fatos sexuais, que possuem o condão de carregar consigo traumas e sofrimento psicológico, há dano na esfera do direito à intimidade, sendo gerado por colisão de direitos fundamentais em sentido amplo: de um lado, o direito à privacidade da vítima do crime contra a sua liberdade sexual, e de outro o interesse fundamental coletivo na persecução penal.

Embora se admita os direitos fundamentais podem ser alvo de relativização, quando em confronto com outro princípio constitucional, é necessário que se cumpra os requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No caso no conflito citado, a relativização do direito fundamental à privacidade não é devida, eis que não atendidos os últimos dois requisitos.

Portanto, reconhecemos que a disposição do novo artigo 225 do CP, com redação dada pela Lei nº. 13.718 de 2018, afronta substancialmente a disposição constitucional do art. 5º, inciso X, devendo ser declarada inconstitucional.

## BIBLIOGRAFIA

**ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. **TÁVORA**, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. atual. ampl. Salvador. Editora Jus Podivum. 2016. p. 168.

**ALEXY**, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

**ALEXY**, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

**ALMEIDA**, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998.

**AVENA**, Norberto. **Processo penal: versão universitária**. São Paulo: Editora Método. 2009.

**BITENCOUR**, Cezar Roberto. **Lições de direito penal – parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

**BITENCOUR**, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a fé pública**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

**BITTENCOURT**, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1971.

**BOULTBOUL** Sophie. **Quand le viol n'est plus un crime**. Magazine Le Monde diplomatique. nov. 2017. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/11/BOULTBOUL/58085>. Acesso em 20. nov. 2018.

**CANELA**, Kelly Cristina. **O estupro no direito romano**. 1ª ed. São Paulo: Cultura Acadêmica. 2012

**CANOTILHO**, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 1999.

**CAPEZ**, Fernando. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

**CAVALCANTE FILHO**, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Portal TV Justiça. Abr. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cm>

s/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\_trindadade\_\_teoria\_geral\_dos\_direitos\_fundamentais.pdf. Acesso em 16. nov de 2018.

**COSTA JR.**, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

**CUNHA**, Rogério Sanches; **GOMES**, Luiz Flávio; **MAZZUOLI**, Valerio de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

**DIMOULIS**, Dimitri; **MARTINS**, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: RT. 2007.

**DOTTI**, René Ariel. **As bases constitucionais do direito penal democrático**. Revista de informação legislativa. Volume 22, n. 88. Out./dez. 1985.

**ESPÍNDIOLA**, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

**FAYET**, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

**FREITAS**, Bruno Gilaberte. **Lei nº. 13.718 de 2018: importunação sexual e pornografia de vingança**. Canal ciências criminais. Rio de Janeiro. 25 de set. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>. Acesso em: 16. Nov. 2018

**FURNISS**, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e Intervenção legal integrados**. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993. p. 28.

**GILABERTE**, Bruno. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2014.

**GODOY**, Arnaldo Sampaio de Moraes. **As Ordenações Filipinas e mais um exemplo de violência contra as mulheres**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 12. Mar. 2017. São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>. Acesso em 13. nov. 2018.

**GOMES**, Fernanda Maria Alves. **Até que enfim: ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais**. Migalhas de Peso. 2. out. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI288441,51045-Ate+que+enfim+acao+penal+publica+incondicionada+para+os+crimes+sexuais>. Acesso em: 20. nov. 2018

**GRECO FILHO**, Vicente. **Manual de processo penal**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**GOMES**, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997.

**HAMILTON DEMORO**, Sergio. **Estudos de Processo Penal 4<sup>a</sup> Série**. São Paulo: Lumen Iuris. 2012

**HESSE**, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1998. p. 256.

**JÚDICE**, Mônica Pimenta. **Conflitos no direito: Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2. mar. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras](https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras). Acesso em: 16. nov. 2018.

**LEITE**, Ricardo Savignani Alvares. **Delito público e delito privado: um breve estudo do homicídio culposo e da lesão corporal no direito romano**. IBCCRIM. Revista Liberdades. Edição Especial – Dez. 2011.

**LIZE**, Virna. **As mulheres da Grécia Antiga**. Apostila de apoio ao aluno: vestibulares e enem. 2<sup>a</sup> ed. Março de 2014. Disponível em: <http://aphonsiano.edu.br/mostrarConteudo/2014/03/as-mulheres-da-grecia-antiga.html>. Acesso em 06. nov. 2018.

**Lista de Siglas, Abreviaturas e Notações do Supremo Tribunal Federal 2018**". Disponível no seguinte endereço eletrônico: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/siglas\\_cf.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/siglas_cf.pdf) - acesso em 23 de outubro de 2018.

**LOPES JR.** Aury. **Direito processual penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

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. 2018.

**MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2000.

**MIRABETE**. Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

**MIRABETE**. Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 10ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. Pg. 135.

**MOURA JÚNIOR**, Sebastião Raul. **O tempo subjetivo e as emoções negativas na duração do processo penal**. *Revista Jus*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3462, 23 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23107>. Acesso em: 3 nov. 2018.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

**NUCCI**, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

**OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

**OLIVEIRA**, Magali Gláucia Fávaro de. **A Mulher como sujeito ativo no crime de estupro**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília. DF, 4 set. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.24881&seo=1>. Acesso em: 13. Nove. 2018.

**ONEDA**, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

**PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi. 1971.

**PORTINHO**, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos**. História e-história. Rio Grande do Sul. 3 out. 2005 (atual.). Disponível em: Acesso em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=11> 13. nov. 2018.

**PRADO**, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial, vol. III**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. Pg. 198.

**RUBIANES**. Carlos J. **Manual de derecho penal**. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1985.

**SENDRA**, José Vicente Gimeno. **Fundamentos Del Derecho Procesal**. Madri: S.L. Civitas. 1981.

**SILVA**, Christine Oliveira Peter da. **A pesquisa científica na graduação em Direito**. Universitas Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n. 11, dez. 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagraduacaochristinepeter.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

**SILVA**, Tadeu Antônio Dix. **Crimes Sexuais: reflexões sobre a nova Lei 11.106/2005**. Leme: JH Mizuno. 2006.

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

**SYLVESTRE**, Fábio Zech. **O direito fundamento à privacidade face à administração pública**. Maravilha: Editora Unoesc. 2012.

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª ed. Volume 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

**VEGAS**, Juan Carlos. **Actuaciones penales y procesales ante un delito contra la libertad sexual**. 15. ago. 2016. Disponível em: <https://tribunafeminista.elplural.com/2016/08/actuaciones-penales-y-procesales-ante-un-delito-contra-la-libertad-sexual/>. Acesso em 19. nov. 2018.