



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO
TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/2018 SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA
VÍTIMA

João Victor Rocha da Silva

Rio de Janeiro
2019

JOÃO VICTOR ROCHA DA SILVA

A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO
TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/2018 SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA
VÍTIMA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/2018 SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA

João Victor Rocha da Silva

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado.

Resumo – A Lei nº 13.718/2018 trouxe entre uma das inovações a alteração da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, determinando que todos passaram a ser de ação penal pública, independente de terem sido contra pessoa vulnerável ou não. Tal mudança se deu numa tentativa de responder à sociedade que o Estado não está inerte às demandas da população, que tolera cada vez menos a ocorrência desses crimes. Ocorre que essa alteração, em relação às vítimas não vulneráveis não representa necessariamente um avanço na tutela dos seus direitos, sobretudo ao pensarmos que o processo penal traz consequências que podem não ser benéficas para o sujeito passivo, tais como a exposição, rememoração do fato e contato com agressor. Nesse sentido, o presente trabalho visa tratar dessa alteração a partir da perspectiva dessas vítimas não vulneráveis que tiveram o seu direito de representação suprimido e que, a partir dessa lei, são compulsoriamente submetidas à persecução penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Crimes sexuais. Natureza da ação penal. Lei 13.718/2018. Dignidade da vítima.

Sumário – Introdução. 1. O tratamento legal da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. 2. Do bem efetivamente tutelado nos crimes sexuais e o papel da vítima na persecução penal desses crimes. 3. Interesse do ofendido x interesse da sociedade: a retirada do direito de representação da vítima foi efetivamente benéfica na tutela da dignidade da vítima? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Não são poucos os casos de violência sexual noticiados na mídia ultimamente. Tal situação, aliada ao fato de que tais crimes têm uma reprovação social cada vez maior, faz com que se enxergue no enrijecimento do direito penal uma tentativa de o Estado, por meio dos representantes democraticamente eleitos, mostrar à sociedade que não está inerte ao que está acontecendo.

É nesse contexto que foi editada a Lei nº 13.718/2018 que, entre outras modificações, estabeleceu que todos os crimes contra liberdade sexual, a partir de agora, são de ação penal pública incondicionada e é nisso em que consiste o objeto de estudo da presente pesquisa científica, sobretudo no que tange à vítima não vulnerável.

Se por um lado, a alteração da lei é vista como uma resposta enérgica do Estado aos inúmeros casos de violência sexual, por outro deve ser questionado até que ponto tirar da vítima o direito de escolher se expor a um processo, com produção probatória, contato com agressor e rememorar um fato que talvez ela queira esquecer foi a melhor maneira de tutelar a sua dignidade.

Procura-se, então, demonstrar que a respectiva alteração não representa um avanço na tutela da pessoa ofendida, mas apenas a coloca em uma situação apta a lhe gerar mais danos, uma vez que sua vontade de seguir ou não na persecução penal não será levada em consideração pelo poder punitivo estatal.

Para tanto, faz-se uma análise de como era o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria até a referida mudança legislativa e o que ficou estabelecido a partir dela.

Com a finalidade de analisar o tema de maneira apta, o primeiro capítulo do presente trabalho trata de como era a natureza da ação penal nos crimes sexuais envolvendo vítimas tidas pelo nosso ordenamento jurídico como não vulneráveis e a alteração trazida pela Lei nº 13.718/2018 nesse aspecto.

A seguir, no segundo capítulo, aborda-se o bem efetivamente tutelado por esse tipo penal e a função que a vítima ocupa no processo de responsabilização desse tipo de crime.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se verificar se a alteração legislativa, trazida com o intuito de tutelar o interesse da pessoa ofendida e da sociedade, logrou atingir o seu objetivo. Visa-se questionar se a retirada do direito de representação da vítima foi efetivamente benéfica na tutela da sua dignidade pois a obrigatoriedade do ajuizamento de ação desses crimes, de acordo com vitimologia, traz implicações processuais que talvez sejam tão gravosas para a vítima quanto a violência sofrida ou até mais, uma vez que o processo acaba sendo uma maneira de trazer a conhecimento de outras pessoas e lembrar e perpetuar o sofrimento experimentado .

Esse trabalho é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo pois pretende o pesquisador escolher algumas premissas relacionadas ao objeto de estudos com o intuito de analisar a sua procedência por via argumentativa.

Logo, esse artigo é feito de maneira qualitativa, por meio de pesquisa e análise bibliográfica de materiais e decisões judiciais concernentes ao tema tratado.

1. O TRATAMENTO LEGAL DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual é regulada pelo artigo 225 do Código Penal¹ que, com a atual com a redação dada pela Lei nº 13.718/2018², passou a estabelecer que a ação nos crimes contra a dignidade sexual é de pública incondicionada.

Com essa alteração, a ação contra crimes como estupro e assédio sexual não dependem mais da vontade da vítima para serem ajuizadas, regra essa que também vale para o crime de importunação sexual, recém-tipificado.

Antes, esse artigo 225 estava sob a égide da Lei nº 12.015/2009³, que estabelecia que a regra de ação penal nesses crimes era pública condicionada à representação do sujeito passivo, daquele que sofreu a ação criminosa. A exceção, ou seja, caso de ação penal pública incondicionada, era apenas em caso de vítima menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, tida como tal aquela menor de quatorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer motivo, não pudesse oferecer resistência.

Nesse sentido, transcreve-se a redação antiga:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Em relação à representação, Aury Lopes Júnior⁴ a define como “uma espécie de autorização” da vítima ou do seu representante legal para que a ação possa ser exercida. Ao passo que Renato Brasileiro⁵ entende a representação como uma condição específica de procedibilidade, Aury a tem como uma das condições da ação, pelo que conclui que “o MP não pode proceder contra alguém sem que exista essa autorização do ofendido (nem mesmo inquérito pode ser formalmente instaurado sem ela, diante da exigência do art. 5º, §4º, do CPP).”⁶

¹BRASIL. *Decreto-lei nº 3.914*, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

²BRASIL. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

³BRASIL. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 205.

⁵LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p 304. – versão pdf

⁶LOPES, op. cit., p. 205.

Nos termos dos artigos 38 e 39 do Código de Processo Penal⁷, a representação pode ser feita à autoridade policial, Ministério Público e ao juiz, dentro do prazo decadencial de seis meses – que não pode ser interrompido, suspenso ou prorrogado nas suas respectivas previsões legais –, sob pena de a vítima decair do seu direito de representar.

Do exercício desse direito cabe retratação da vítima nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal⁸, até o momento do recebimento da denúncia pelo juiz.

Especificamente em relação ao crime de estupro, havia ainda o enunciado da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal⁹ que dizia que “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”, entendimento esse que na opinião de Rogério Greco¹⁰ tornava “letra morta parte das disposições do art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com emprego de grave ameaça”.

Contudo, havia uma dissonância na doutrina, abaixo explicitada, em relação à aplicabilidade da Súmula. Explica-se: tal verbete é anterior à edição da Lei nº 12.015/2009¹¹ e foi editada quando o crime de estupro, classificado antigamente como crime contra os costumes, era de ação penal privada.

Ao passo que, para Aury Lopes¹², a Súmula 608¹³ seria aplicada apenas nos casos de resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima, por força das regras do crime complexo trazidas pelo artigo 101 do Código Penal¹⁴, para Paulo Rangel¹⁵ e Guilherme de Souza Nucci¹⁶, ela sequer seria mais aplicada, entendendo esse último que:

[...] Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009.

⁷BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 608*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁰GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. p 475.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹²LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 211.

¹³BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p 304-306.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. p 62-63.

Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

Essas são resumidamente as observações sobre direito de representação, que continuam válidas para os crimes que admitem, mas não mais para aqueles contra a dignidade sexual.

Pela rápida explanação, tem-se que, se antes, a persecução penal dos crimes sexuais estava, em regra, submetida à representação do ofendido, agora, uma vez regida pelo princípio da obrigatoriedade - em virtude do qual deve o Ministério Público denunciar sempre que presentes as condições da ação - não tem mais a vítima o direito conceder tal autorização ao poder público.

Apesar de essa alteração parecer singela e não mudar muito os trâmites processuais porque, no fim, quem ajuíza a ação é o Ministério Público, Renato Brasileiro¹⁷, de maneira didática, explica a razão de existirem crimes que só podem ser processados mediante representação no seguinte trecho:

Por força do que a doutrina denomina de escândalo do processo pelo ajuizamento da ação penal (*strepitus iudicii*), reserva-se à vítima ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade e conveniência da instauração do processo penal, com o objetivo de se evitar a produção de novos danos em seu patrimônio moral, social e psicológico, em face de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato delituoso. Some-se a isso o fato de que certos delitos afetam imediatamente o interesse particular, e apenas mediatamente o interesse geral, o que dificulta até mesmo a produção probatória, caso não haja cooperação da vítima. Daí o motivo pelo qual se condiciona a atuação do aparato estatal à manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal.

Nesse sentido, o exercício do direito de representação é juízo positivo de conveniência e oportunidade que a vítima faz de acordo com os seus interesses particulares; exercício esse que não é mais feito nos crimes em estudo devido à alteração legislativa supramencionada.

Além disso, tal transformação implica também no papel das outras autoridades. Enquanto nos crimes condicionados à representação, é necessária autorização da vítima para que qualquer medida possa ser tomada, nos delitos processados por ação penal pública, a instauração do inquérito policial e qualquer outra ação da polícia e Ministério Público podem ser feitas de ofício, sem necessidade de qualquer atuação por parte da vítima.

¹⁷ LIMA, op. cit., p 304.

2. DO BEM EFETIVAMENTE TUTELADO NOS CRIMES SEXUAIS E O PAPEL DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL DESSES CRIMES

Conforme brevemente citado anteriormente, o crime do artigo 213 do Código Penal¹⁸, primeiro tipo dos crimes sexuais que trata do crime de estupro, tutela, como se pode ver pelos seus Título e Capítulo, a liberdade e a dignidade sexual.

Nesse ínterim, é necessário conceituar o que se entende por liberdade sexual, que é uma expressão muito bem trabalhada por Emiliano Borja Jiménez¹⁹ que a estabelece como a:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, com uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios o sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

Contudo, nem sempre foi assim. Até o advento da Lei 12.015/09²⁰, entendia o legislador que tal crime violava os costumes. Tal alteração se deu porque, pela evolução de pensamento, passou-se a entender que o âmbito de tutela do respectivo tipo não podia mais ser a “forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual”²¹.

Com isso, o modo como o desrespeito à autodeterminação sexual violava a liberdade individual e feria, por consequência lógica, a própria dignidade humana passou a importar mais do que o modo como as pessoas agiam sexualmente perante o coletivo. Assim, apesar de parecer e efetivamente ser uma pequena alteração, tal mudança tirou a expectativa social em relação ao comportamento íntimo das pessoas do centro da tutela e colocou o indivíduo como sujeito passivo imediato e, portanto, prioritário, desse crime.

Essa alteração, portanto, reconheceu que devem ser o indivíduo e a sua dignidade como ser humano o centro da tutela dos crimes sexuais, não apenas o modo como a sociedade enxerga o estupro e a forma como lida com ele.

Ademais, ressalta ainda Rogério Greco, no mesmo artigo,²² a importância interpretativa dessa mudança:

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹JIMÉNEZ apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, V. III. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. p 463.

²⁰BRASIL, Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²¹GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²²Ibid.

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

Ultrapassada essa análise, passa-se a analisar a função da vítima na persecução penal dos crimes sexuais.

Ao passo que, nos crimes de ação penal privada, a vítima ou seu representante legal assume o papel de parte principal, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, quem assume esse papel é o Ministério Público, por força do artigo 129, I da Constituição da República²³.

Nesses casos, pode o ofendido, como parte secundária, ingressar no polo ativo, como assistente de acusação, que terá a função de fiscalizar e auxiliar a atuação do *parquet*.

Destaca-se que a atuação ministerial independe da vontade do assistente, que tem um papel meramente coadjuvante, mas que pode ser relevante para a solução do caso.

O procedimento na ação penal pública incondicionada e na condicionada à representação será o mesmo, tendo como único fato divergente a necessidade de anuência do sujeito passivo para a instauração da ação, conforme foi tratado anteriormente.

Em relação à produção probatória, em regra, as provas mais usadas na apuração penal da ocorrência do estupro são o exame de corpo de delito e as provas orais da vítima e das eventuais testemunhas.

No que tange ao exame de corpo de delito, esse é tido como necessário pois é um crime que costuma deixar vestígios e o artigo 158 do Código de Processo Penal²⁴ determina que nesses casos haja produção obrigatória de prova pericial, que não pode ser suprida pela confissão do acusado.

A dificuldade na produção dessa prova é que esses vestígios deixados pela consumação do estupro no corpo da vítima geralmente desaparecem com o mero decurso do tempo. Já nos casos da tentativa, eles podem sequer existir.

²³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 7.

Assim, em existindo vestígios, a vítima é submetida a exame de corpo de delito, que tem que ser produzido imediatamente, como diz a própria expressão, em seu corpo, em virtude do seu caráter irrepetível.

Ademais, tem-se a possibilidade de o crime ser cometido apenas com emprego de grave ameaça, sem violência. Essa dificuldade, aliada ao fato de que nem sempre esse crime ou sua tentativa têm testemunhas, uma vez que tal conduta delituosa geralmente é cometida de maneira oculta, dá a jurisprudência maior relevância à palavra do sujeito passivo, que corroborada com outros elementos de convicção, acaba por permitir a condenação do réu.

Nesse sentido, entende o que Superior Tribunal de Justiça²⁵ que:

Habeas corpus. Processual Penal. Estupro. Sentença condenatória: alegação de insuficiência de provas para a condenação. Palavra da vítima: valor probante. Conquanto tenha o laudo pericial registrado apenas a ocorrência de conjunção carnal, não fazendo alusão à ocorrência de violência, não está o juiz obrigado a acatá-lo e absolver o réu, desde que outros elementos de convicção, especialmente a palavra da vítima — de crucial importância nesse tipo de delito — corroborada por harmônica prova testemunhal conduzem o magistrado a um seguro juízo de condenação. Ademais, a via do h. c. não se mostra idônea para se pretender a absolvição do réu por insuficiência de provas.

A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. [...] (STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/06/2012)

[...] É assente nesta Corte que “nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos”. [...] (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1407792/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/11/2013)

Em suma, não há muito a se diferenciar no papel da vítima quando o crime é de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação uma vez que, em qualquer dos casos, ela poderá se habilitar como assistente de acusação, caso assim deseje.

A maior diferença, contudo, está no fato de que, em crimes de ação penal pública incondicionada, a vítima é obrigada a passar pelo processo penal, com produção probatória em seu corpo e testemunho, também obrigatório, sem que tenha escolhido por isso, ao passo que na ação pública condicionada à representação há, pelo menos em um primeiro momento, anuência da vítima na persecução penal.

O benefício de tal obrigatoriedade, agora determinada por lei, é questionável. De um lado, tutela-se o interesse da coletividade em punir o autor do crime, tanto para que esse evite

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 10.852-PR*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <[http:// https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367691/habeas-corpus-hc-10852-pr-1999-0089928-8/inteiro-teor-102615703?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367691/habeas-corpus-hc-10852-pr-1999-0089928-8/inteiro-teor-102615703?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 21 jul. 2019.

cometê-lo de novo, quanto para que outros que eventualmente pensem em fazê-lo sintam-se acuados por saberem que não ficarão impunes. De outro, tem-se a perspectiva da vítima, demonstrada como principal tutelada na situação e que vai ser compulsoriamente submetida a um processo que tem efeitos para além dos autos judiciais. Essa dicotomia será tratada no próximo capítulo.

3. INTERESSE DO OFENDIDO X INTERESSE DA SOCIEDADE: A RETIRADA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA FOI EFETIVAMENTE BENÉFICA NA TUTELA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA?

Se por um lado há interesse público na responsabilização do indivíduo que infringe a lei, por outro é forçoso reconhecer que há uma pessoa, vítima, que pode querer não seguir com essa situação adiante.

Destaca-se que a hipótese em análise é para as vítimas não vulneráveis, aquelas capazes de se autodeterminar de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não abarcando essas considerações em caso de vítima menor de idade ou vulnerável, hipótese em que os interesses públicos na responsabilização do autor do fato devem preponderar e o Estado agir de ofício.

Partindo do pressuposto, então, que tratamos de uma vítima capaz, questiona-se: deve prevalecer o interesse da coletividade em punir o indivíduo que cometeu o crime sexual e prendê-lo para impedir que o fato se repita ou o direito da pessoa ofendida em escolher se submeter a um processo penal como vítima?

É inegável que o processo e o respectivo cumprimento da pena têm um papel pedagógico em relação à sociedade e ao réu, que também sofre com o caráter retributivo da pena que, por meio dessa, aprende a se reeducar e reabilitar para o convívio em coletivo. Além disso, reafirmam o direito como instrumento legítimo e eficiente de coerção, que é usado como instrumento de reprimir condutas indesejáveis e alcançar a pacificação social, restaurando a ordem eventualmente quebrada.

Contudo, os crimes sexuais envolvem uma questão social moral muito forte que sempre permeia a discussão do fato e que, em não raras situações, acaba por responsabilizar a própria vítima pela desgraça ocorrida.

Ademais, o caráter retributivo da pena há muito não se mostra mais eficaz no combate à criminalidade, o que faz com que a aplicação da pena pela pena se torne um tanto quanto questionável, ainda mais quando isso acontece no contexto brasileiro, em que o Estado ocupa

o lugar da vítima, sem muita preocupação com a pessoa violada, nem com as possíveis consequências do crime.

Como foi abordado anteriormente, o crime sexual subjuga a autodeterminação da vítima e a submete à vontade do autor, violando a intimidade, dignidade e liberdade sexual daquela.

Não se pode negar que um processo tem efeitos extraprocessuais nos sujeitos envolvidos que, dentro da sua autonomia, podem querer não passar por isso. Tendo a vítima o direito de escolher representar ao Ministério Público, ela se propõe de maneira consciente a passar por todo o processo e a suportar todo o ônus que esse pode lhe trazer.

Em relação a esse ônus, a vitimologia traz o conceito de vitimização primária, secundária e terciária.

Em poucas palavras, temos que a vitimização primária é aquela que ocorre na prática do crime; a secundária é aquela gerada “pelas instâncias formais que detêm o controle sobre o âmbito social (delegacias, Ministério Público etc) abrangendo os custos pessoais derivados da intervenção do sistema legal que incrementam os padecimentos da vítima”²⁶; por fim, a terciária trata do sofrimento vivido pela vítima nos grupos sociais que integra, sobretudo a sentimento de solidão.

Para efeitos desse trabalho, a vitimização mais pertinente é a secundária, que é causada pelo abandono da vítima e do seu reconhecimento como ser humano lesado. Não raras as vezes a vítima é colocada de lado e tratada apenas como objeto de investigação, cuja finalidade precípua não é minorar os danos causados pela omissão estatal quanto à garantia da sua segurança, mas apenas a imposição de pena ao autor do crime.

Não é por outro motivo que Carlos Morotti²⁷ escreve que:

nesta fase (e também na terciária) ocorre o fenômeno chamado de cifras negras, que são as quantidades de crimes que não chegam ao conhecimento do Estado, muitas vezes pela falta de confiança no sistema penal brasileiro, por medo de vingança ou até mesmo pelo sentimento de impunidade. Porém, não necessariamente a vitimização secundária será a causadora da cifra negra, devendo, portanto, ser analisado o caso concreto. (...). O fato da vitimização secundária não acontecer não exclui a existência da cifra negra, porque o Estado até então não tem conhecimento daquele crime.

Tais cifras negras, tratadas no trecho citado acima, precisam ser evitadas ao máximo pelo Estado, que deve conquistar da população a confiança de que esse pode agir de maneira

²⁶MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em: <<https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>>. Acesso em: 21 set. 2019.

²⁷Ibidem

eficiente na solução dos seus problemas, não impondo que ele faça tudo de ofício e abarcando para si.

Sublinha-se que não se visa negar ou deslegitimar o interesse da sociedade na persecução penal dos crimes sexuais, em especial do estupro, objeto do presente artigo. Procura-se tão somente colocar a vítima no papel central da situação, devendo-se dar prioridade a ela e respeitando tanto a sua escolha de processar ou de seguir a sua vida e esquecer.

Para além desses conceitos, a psicologia jurídica traz ainda a figura da autovitimização secundária, em que de acordo com Jorge Trindade²⁸, a pessoa ofendida começa a “recriminar-se pelo que aconteceu, procurando encontrar motivos para explicar o fato, supondo-se co-responsável pelo evento”.

De mais a mais, temos ainda a impessoalidade e a insensibilidade de todos os atores estatais desse processo de persecução penal. Além da possível e provável vergonha que a vítima pode sofrer de ter que expor a eles a violência sofrida, muitos desses sujeitos processuais estão tão acostumados a ver casos parecidos com certa regularidade que perdem a sensibilidade em relação ao sofrimento da vítima e acabam a tratando como mais uma, o que acaba por contribuir para o distanciamento da vítima do sistema penal.

Especificamente em relação aos crimes sexuais com vítimas mulheres e autores homens, tem-se o fato de que essas têm que lidar com figuras masculinas que podem lhe gerar mais constrangimento do que o já vivido na prática do crime.

Esse constrangimento aumenta exponencialmente se considerarmos que as pessoas ofendidas podem, eventualmente, ter que ficar no mesmo ambiente ou até frente a frente com o seu ofensor, em caso, por exemplo, de produção de prova testemunhal em que o juiz não determina a retirada desse da sala de audiência ou até mesmo – em virtude do exercício da ampla defesa – terem que ouvir que de alguma maneira são responsáveis pelo mal que lhes foi feito.

Diante disso, Ana Sofia Schimit Oliveira²⁹ conclui que

No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a

²⁸TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 158 e 159.

²⁹OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira subcultura –, tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais.

Por essa conjuntura, em que se reconhece que o processo penal pode ser danoso à pessoa ofendida, forçoso reconhecer que, em um estado democrático de direito, cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana, conforme consta no artigo 1º, III da Constituição da República³⁰, essa deve ter o direito de preferir esquecer o ocorrido e tentar seguir a sua vida sem ser obrigada a passar por um processo que talvez não lhe seja pessoalmente tão útil.

É preciso assegurar à vítima o direito de esquecer e entender que os caracteres retributivo e pedagógico da pena nesses casos não podem se sobrepor ao interesse individual, sobretudo num cenário problemático como o sob análise.

Logo, em relação aos crimes sexuais, pelos efeitos que ele traz para a vítima, não deve prevalecer o interesse punitivo da sociedade.

Isso não quer dizer que os crimes sexuais não deverão ser punidos, mas apenas que deve ser dada mais atenção à vítima nesses crimes e que a simples alteração da natureza da ação penal não é suficiente para alcançar esse objetivo.

Em que pese a Lei nº 13.178/2018³¹ tenha tido a finalidade de dar uma resposta mais efetiva para os crimes e tutelar o bem jurídico de quem é ofendido, a retirada do seu direito de representação acaba por fazê-lo passar por um processo em que ele necessariamente será (re)vitimizado, sem que se lhe permita escolher se submeter a isso ou não, o que vai de encontro com a ordem constitucional que estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Assim, em uma tentativa de equilibrar valores constitucionalmente garantidos, para preservar a intimidade e autonomia da vítima, em vez de alterar a natureza da ação penal, teria sido mais interessante melhorar o funcionamento da máquina estatal como um todo, garantindo à vítima todo o aparato necessário dentro do processo e fora dele, não apenas alterando um artigo de lei.

Esse melhoramento poderia se dar tanto na fase de investigação quanto na fase processual para garantir uma menor vitimização secundária possível de modo que se abra

³⁰BRASIL, op. cit., nota 23.

³¹BRASIL, op. cit., nota 2.

espaço para que a vítima, estando bem assistida, pudesse escolher entre buscar ou não a responsabilização penal do agente.

CONCLUSÃO

A principal diferença processual trazida pela Lei nº 13.718 tem como efeito prático a desnecessidade de representação da vítima para que se dê início à persecução penal de crimes sexuais. Todavia, conforme restou demonstrado pela presente pesquisa, essa alteração não logrou representar uma maior tutela à vítima.

No primeiro capítulo, tratou-se da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, com foco nas vítimas não vulneráveis. Fez-se uma breve análise histórica do tratamento legal da matéria, do instituto da representação no direito processual penal brasileiro do ponto de vista da doutrina, da jurisprudência e da principal alteração trazida pela Lei nº 13.718, qual seja, a alteração de ação penal pública condicionada à representação para ação penal pública incondicionada.

Com vistas a delimitar o bem tutelado nos crimes sexuais e a sua titularidade, foi abordada a evolução do pensamento acerca desses. Se antes eram tidos como crimes contra os costumes, depois passaram a ser crimes contra a liberdade sexual, o que demonstrou o reconhecimento de que essa liberdade individual deve ser protegida - como forma de tutelar a própria dignidade humana -, e não os costumes da sociedade como um todo.

Assim, a vítima foi trazida para o centro da tutela penal.

Contudo, o avanço nesse reconhecimento de que se deve proteger a liberdade sexual da vítima e, por consequência, a sua dignidade não se coaduna com a finalidade da alteração trazida pela Lei sob análise. Tal afirmativa se baseia no papel da vítima na relação processual; vítima essa que acaba sendo colocada de lado pelo Estado que lhe substitui e que acaba sendo esquecida na persecução penal.

Diante do que foi tratado nesse trabalho, sobretudo em relação à vitimologia e à possibilidade de escândalo do processo, demonstrou-se que é necessário reconhecer que ser submetido compulsoriamente a um processo penal no papel de vítima pode gerar consequências danosas para quem o faz.

Além de todo desgaste emocional que um crime sexual gera na pessoa que o sofre, obrigá-la a se sujeitar a um processo pode gerar mais um dano que pode ser evitado. É nesse sentido que deve ser reservada à vítima a prerrogativa de diante de um juízo de oportunidade e conveniência decida sobre a instauração da ação penal.

Não é possível forçar uma pessoa capaz de se autodeterminar a integrar uma relação processual, produzir prova no seu corpo, fazê-la rememorar um fato que ela talvez não queira mais lembrar e até mesmo colocá-la de frente com o acusado com o pretexto de tutelar a sua dignidade pois é justamente essa compulsoriedade que pode feri-la.

Em um estado democrático de direito, que tem por pressuposto o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos com a finalidade de promover a sua dignidade, urge compreender que a pessoa pode ter o direito de querer apenas seguir a sua vida e esquecer a violência que sofreu, sem que a sociedade, por meio das suas instituições, se sinta no direito de escolher por ela.

Nesse contexto, pode-se concluir que apesar de ser reconhecido que o interesse da sociedade em querer punir o autor do crime é legítimo, deve prevalecer o direito de escolha da vítima em que querer buscar a responsabilização criminal do autor do fato.

Assim, devem ser buscados outros meios mais eficazes para tutelar o direito da vítima do que a simples alteração do artigo de lei que tutela a titularidade da ação penal pois provou-se que fazer isso pode trazer mais danos que benefícios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 3.914*, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 10.852-PR*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367691/habeas-corpus-hc-10852-pr-1999-0089928-8/inteiro-teor-102615703?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 608*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-Sexual>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. *Curso de Direito Penal: parte especial*, V. III. 9 ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em: <<https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciar-ia>>. Acesso em: 21 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.