



Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

THALES SOUSA DA SILVA

**A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL: uma análise das alterações promovidas pelo art. 1º da Lei nº
13.718/2018 sob a óptica do paradigma vitimológico contemporâneo**

**Brasília
2020**

THALES SOUSA DA SILVA

**A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL: uma análise das alterações promovidas pelo art. 1º da Lei nº
13.718/2018 sob a óptica do paradigma vitimológico contemporâneo**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professora Doutora Raquel
Tiveron.

**Brasília
2020**

THALES SOUSA DA SILVA

**A AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL: uma análise das alterações promovidas pelo art. 1º da Lei nº
13.718/2018 sob a óptica do paradigma vitimológico contemporâneo**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professora Doutora Raquel
Tiveron.

Brasília, ____ / ____ / ____

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Ao amor fraternal, para que nos incite diariamente à boa vontade e aos bons costumes, ao toque humano e à compaixão. Por igual, dedique(m)-se, em favor da justiça, a um ódio motriz.

Sem uma procura consciente da beleza, arriscamo-nos a cair num mundo de prazeres que causam dependência e na banalização dos atos de dessacralização, um mundo em que já não se percebe bem por que vale a pena a vida humana.

Roger Scruton

AGRADECIMENTOS

Como discursou o moralista Jean de La Bruyère, não há no mundo exagero mais belo que a gratidão. É desígnio moral e, além disso, dever ético. Ser grato é estar em sintonia consigo e com aqueles que nos cercam. É laurear com reverências os que tanto assistiram nossas conquistas.

Inicialmente, deixo meus agradecimentos a Deus, que até aqui me tem amparado; também aos meus pais, por todo o esforço despendido em meu favor. Declino homenagens ao meu núcleo de referência moral e familiar, Manoel Divino Abel da Silva, Célia Sousa da Silva, Talita Torres de Sousa, Eduardo Sousa da Silva e Cecília Straoito de Sousa.

Cumprimento meus eternos amigos, Igor Henrique de Sousa Brito, Filipe Henrique de Sousa Evangelista, Jussan Henrique Bacelar, Daniel Tiveron e Hugo de Melo, que de longe são suporte e torcem por mim; meus colegas de trabalho, Matheus Vidal e Guilherme Arantes, pelo estímulo ao debate.

Agradeço ao Dr. Lucas Nogueira Israel, pela acolhida e pelos ensinamentos; aos juristas da família, Dr. Asiel Henrique de Sousa, Dr. Aiston Henrique de Sousa, Dra. Zeres Henrique de Sousa, Dra. Célia Sousa da Silva, Dra. Maíra Moura Barros Henrique, Dra. Talita Torres de Sousa e Dra. Laísa Brito de Sousa, pelo exemplo. Aos percalços da vida, pelas lições.

Presto honras à minha amada, Verônica Paula Sabino, que me apoiou ininterruptamente, quem foi suporte emocional nos períodos de crise, com quem pude e posso partilhar alegrias e pesares.

Sou grato, também, à minha orientadora, Dr. Raquel Tiveron, pelo conhecimento e experiência agregados na realização deste trabalho.

RESUMO

Atualmente, o fortalecimento das relações internacionais engendrou, no âmbito global, a preocupação para com as vítimas da criminalidade. Todavia, o tratamento vitimal é cindido em três contextos históricos, marcados, respectivamente, pela vingança privada, neutralização e redescobrimto das vítimas. O derradeiro subdivide-se no redescobrimto propriamente dito (1945-1985) e no paradigma vitimológico contemporâneo (1985-atual), cuja ocupação é a garantia da dignidade humana, representada pelos vetores da autodeterminação e da proteção, em favor dos ofendidos. O reconhecimento das vítimas, nesse paradigma, aprofundou o estudo dos graus de dano ou vitimização, primário, secundário e terciário, comumente, presentes na delinquência sexual. Com o advento da Lei nº 13.718/2018, todavia, foi modificado o tratamento conferido aos crimes contra a liberdade sexual, que passaram a desafiar ação penal pública de natureza incondicionada. O trabalho objetivou investigar e discutir se a reforma legislativa em questão realiza a dignidade humana em favor das vítimas, ao se considerar os três possíveis graus de dano a que se submetem a partir do conflito penal. Nesse contexto, socorreu-se à abordagem de aspectos gerais acerca da vitimologia da delinquência sexual; das posições contrária e favorável à alteração, debatendo-as; e das soluções oferecidas pelo Direito comparado nos Estados da Espanha, Portugal e Argentina.

Palavras-Chave: Dignidade Humana. Nova Vitimologia. Crimes Contra a Liberdade Sexual. Ação Penal Pública Incondicionada. Graus de Vitimização. Autodeterminação. Proteção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO SUPRACONSTITUCIONAL HUMANITÁRIO E SUA APLICAÇÃO NA DISCIPLINA CRIMINAL	12
1.1 OS VETORES DA DIGNIDADE HUMANA	17
2 O PARADIGMA VITIMOLÓGICO CONTEMPORÂNEO	20
2.1 A VITIMOLOGIA E O SEU DEVENIR HISTÓRICO	20
2.1.1 A IDADE DE OURO	20
2.1.2 A NEUTRALIZAÇÃO DA VÍTIMA	21
2.1.3 O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA.....	23
2.1.3.1 Vitimização primária	25
2.1.3.2 Vitimização secundária.....	25
2.1.3.3 Vitimização terciária.....	26
3 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA	28
3.1 A VITIMOLOGIA DOS DELITOS SEXUAIS – ASPECTOS GERAIS	28
3.2 ESTUPRO: TIPO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO	41
3.3 AS ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA	43
3.3.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA	43
3.3.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO	44
3.4 NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS DELITOS SEXUAIS	47
3.4.1 HISTÓRICO BRASILEIRO	48
3.4.2 DIREITO COMPARADO	49
3.4.2.1 Espanha.....	50
3.4.2.2 Portugal.....	51
3.4.2.4 Argentina	54
3.5 A ALTERAÇÃO MOVIDA PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.718/2018	55
3.5.1 POSIÇÃO FAVORÁVEL	56
3.5.2 POSIÇÃO CONTRÁRIA	57
3.6 DISCUSSÃO	58
3.6.1 UMA QUESTÃO DE PROVA?	59
3.6.2 UMA QUESTÃO SUPRAPENAL?	62
3.6.3 UMA QUESTÃO DE TIPICIDADE?	65
3.6.4 UMA QUESTÃO DE NECESSIDADE?	66
3.6.5 UMA QUESTÃO PRAGMÁTICA?.....	67
CONCLUSÕES	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da ciência criminológica principiou-se da necessidade, reconhecida e ventilada por juristas e sociólogos, de validar o exercício da persecução penal e, mais precisamente, a prerrogativa de punir.

A tentativa de legitimar a retribuição ao crime, com o vergaste do delinquente e a restauração da ruptura jurídico-social provocada, transmutou-se no estudo acurado do crime, do criminoso, da vítima e dos meios de controle social.

Em apressado giro histórico, as construções criminológicas primevas, posto que lastreadas em bases empíricas, guiavam-se por aspectos metacientíficos. A Demonologia *e.g.* firmou direta associação entre a prática do delito e a maldade, obra do espírito humano por seres demoníacos (VIANA, 2019, p. 27).

Por seu turno, os frenologistas e fisionomistas empreendiam imputar à compleição física do infrator a origem de seus malfeitos, como se estivesse predestinado a praticá-los (VIANA, 2019, p. 31).

De outro lado, os criminólogos clássicos, em linhas gerais, entenderam a prática delitiva como o rompimento de um pacto jurídico-social e do dever ético, após análise, por parte do desviante, das circunstâncias e consequências de sua ação. Deixou-se, assim, de perseguir a etiologia do crime e/ou de debruçar-se sobre a análise de seus fatores circundantes (MOLINA, 1998, p. 161).

Posteriormente, tem-se, com a Escola Positivista Italiana, o marco inaugural da fase científica da disciplina criminológica. Dentre os mais expoentes, ressaltam-se Césare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) (MOLINA, 1998, p. 175). Seus estudos consistiram na aplicação dos preceitos positivistas à diagnose do fenômeno delitivo, focalizado o criminoso.

Sem o exame das particularidades que diferenciam as vertentes dessa escola, é cabível registrar sua maior contribuição: ter lançado a pesquisa etiológica do crime com bases empíricas, alçando na ciência a estruturação de máximas universais, quando cotejados os sistemas antropológico, sociológico e biopsicológico.

Destacam-se, nesse contexto, as construções de Raffaele Garofalo, que, diversamente do que se já havia produzido, compreendeu o delito para além do delinquente, como uma agressão aos valores fundamentais (Delito Natural). Por entender o delito não somente como a quebra do pacto jurídico-social, mas, de fato, como a violação de um sentimento, Garofalo assinou a importância da compensação das vítimas da criminalidade pelas consequências dela

advindas (VIANA, 2018, p. 75). Viu-se uma incipiente preocupação com a posição do ofendido na interação processual penal.

Emergiram, no que se sucede, diversas escolas e teorias do pensamento criminológico, dentre as quais se sobressaem a escola ecológica, as teorias estrutural-funcionalistas, as teorias subculturais, as teorias da aprendizagem social, as teorias da reação social e a criminologia crítica, além de suas ramificações (VIANA, 2018, p. 87). Foge, contudo, ao propósito deste exórdio aprofundá-las.

Salientamos que as produções criminológicas mais atuais enveredam pela macrocriminologia¹, uma vez que suas linhas de alcance transpassam a observação do criminoso para analisar a relação entre delito, delinquente, vítima e controle social. (PENTEADO FILHO, 2018, p. 31).

Contudo, não obstante se reconheça de longa data nos assentos da academia a importância de adotar abordagens macrocriminológicas para a ideal diagnose do fenômeno delitivo, a dogmática penal, material e instrumental, do século XX centrou-se, maiormente, no combate ao crime e ao criminoso, reservando ao segundo plano o ofendido e os meios de controle social.

Hodiernamente, é importante perceber a consolidação paulatina do modelo novato, que se convencionou chamar de “redescobrimto da vítima”, pois ela volta a ser tratada como sujeito de direitos na relação processual, e, por princípio de causalidade², as penas aflitivas são substituídas por modos alternativos de pacificação da sociedade.

Nesse sentido, a vitimologia ganhou azo, máxime a partir da segunda metade do século XX, período posterior à segunda grande guerra, diante da vitimização e dos danos sociais decorrentes do holocausto, bem como das violações perpetradas pelas potências em conflito. De um lado, preocupou-se, propriamente, com a sua proteção contra fenômenos de vitimização, fosse num grau primário, secundário ou terciário; de outro lado, passou-se a analisar a medida de contribuição do comportamento da vítima para a eclosão do delito, o que se compreende no contexto da vitimodogmática como parêntese penal³.

¹ Segundo Eduardo Viana (2018), as teorias microcriminológicas são aquelas que estudam a etiologia do crime com enfoque em apenas um ou alguns de seus fatores; por sua vez, as teorias macrocriminológicas abordam o delito a partir da interação dos fatores criminógenos.

² No trato dos crimes menos graves em que a lesão sofrida afeta quase estritamente a esfera particular dos ofendidos, protagonizar a vítima é permitir que o conflito seja solucionado de formas alternativas às penas corporais, buscando-se, em primeiro plano, a reparação dos danos sofridos e a restauração do anterior estado de coisas.

³ A vitimodogmática estuda a importância do comportamento da vítima na produção do resultado lesivo aos seus bens jurídicos. Nesse campo, a etiologia do crime é investigada pelo aspecto da vítima e do criminoso; a essa dinâmica autor-vítima deu-se o nome de dupla penal.

Na década de 80, o tema robusteceu-se com a publicação da Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, na Assembleia da Organização das Nações Unidas, priorizando os direitos das vítimas da criminalidade e do abuso de poder, antes muito pouco consideradas (FERNANDES, 2014, p. 391)

Nas últimas décadas, a vitimologia nos delitos sexuais tem sido explorada especialmente pelo trabalho das autoras Vera Regina Pereira de Andrade⁴, Soraia da Rosa Mendes⁵ e Elena Laurrari Pijóan⁶.

O principal objetivo deste trabalho será apresentar o paradigma vitimológico contemporâneo à luz da Constituição e das contribuições da disciplina vitimológica, que, ao reconhecer e aplicar o protagonismo do ofendido no processo penal, consagrou-lhe a dignidade humana; bem como investigar se as alterações promovidas sobre a natureza da ação penal no universo dos crimes contra a liberdade sexual são adequadas.

Deve-se ressaltar que os crimes contra a dignidade sexual estão marcados pela intrínseca necessidade de consideração da vítima — por seu trauma e os anseios que dele decorrem — seja porque o seu relato constitui primacial elemento de prova.

Mais que isso, a própria configuração da espécie delitiva vindica a apreciação de elementos subjetivos não somente atribuídos ao autor (dolo), como também ao ofendido (ausência de consentimento), como expressão de sua autodeterminação sexual.

Já os objetivos específicos do presente trabalho são os seguintes: a) verificar se a Ação Penal Pública Incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual atende às demandas das vítimas quando observadas pela lente do paradigma vitimológico contemporâneo; b) evitar que a abordagem deste tópico seja vinculada a um viés ideológico restrito⁷.

Se de um lado o estudo é amplamente justificado por sua imprescindibilidade conceitual; de outro, igualmente, impõe-se diante do quadro fático no qual a sociedade se

⁴Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná. Autora de vasta obra na seara criminológica, com enfoque na criminologia feminista, destacando-se o artigo “A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher.

⁵Pós-Doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e coautora do artigo: “E Quando a Vítima é a Mulher? Uma Análise Crítica do Discurso das Principais Obras de Direito Penal e a Violência Simbólica no Tratamento das Mulheres Vítimas de Crimes Contra a Dignidade Social”, publicado pela Revista Brasileira de Ciências Criminais.

⁶Doutora em Direito pela Universidade Autônoma de Barcelona e autora de vasta obra em criminologia e direito penal, com ênfase nos estudos de gênero.

⁷Diante da proposta deste trabalho, que não permite, neste momento, um estudo mais aprofundado, a investigação não se deterá no estudo das criminologias feministas, não obstante se reconheça sua importância no desenvolvimento da vitimologia dos crimes sexuais, v. BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19. A pesquisa terá por base o tratamento constitucional do tema, os aportes históricos e as alterações legislativas promovidas a partir da inteligência da Constituição Federal pós-redemocratização.

encontra. De acordo com o Instituto Fiocruz, 16 milhões de brasileiras acima de 16 anos foram sexualmente vitimadas em algum período de suas vidas (BRASIL, 2019, p. 6).

É consabido, ademais, que a violência sexual não se exaure com a consumação do delito, já que o ofendido é afligido por fenômenos psicossociais e institucionais de sobrevivitização, os quais serão abordados de forma detida ao longo deste trabalho.

Revela-se necessária a atualização de um aporte científico para respaldar efetivas medidas de política criminal, o que perpassa, invariavelmente, a consideração da vítima como sujeito de direitos.

A investigação não se encerrará filiada a um ou outro panorama criminológico. É dizer, muito mais se dedica ao estudo do princípio constitucional humanitário aplicado às vítimas da criminalidade sexual.

Nesta monografia não será utilizada a sistematização vitimodogmática, tampouco as tipologias da vítima apresentadas por autores como Mendelsohn, Henting, Jiménez de Asúa, Fattah e Neuman⁸, uma vez que, embora não neguemos suas contribuições para o estudo do fenômeno-crime, tais abordagens fogem a este problema de pesquisa. Além disso, entendemos que seu uso na esfera dos delitos sexuais, como cuidaremos de relatar, deve ser aplicado com cautela, sob o risco de imputar aos ofendidos a culpa por sua vitimação.

Compete-nos antecipar que reconhecemos neste trabalho como marcas distintivas do emergente paradigma: a) a dignidade humana por matriz da tutela criminal b) o protagonismo da vítima no processo penal.

Este estudo será dividido em três capítulos, cada qual com suas respectivas subdivisões.

No primeiro capítulo, trataremos da dignidade humana e a forma como ela molda a disciplina criminal. Aludiremos, também, aos dois vetores do princípio humanitário, liberdade (autodeterminação) e igualdade (proteção).

No segundo capítulo, apresentaremos o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir dos registros históricos do tratamento vitimal. Dividi-los-emos em três períodos, a idade de ouro, a fase de neutralidade e o redescobrimento da vítima. Quanto ao último, separá-lo-emos em outras duas bases, o redescobrimento da vítima propriamente dito, marcado pelo recorte vitimodogmático; e o paradigma vitimológico contemporâneo, distinto pela busca de realização do princípio humanitário em favor dos ofendidos. Explicitaremos a relação entre a

⁸ v. MANZANERA, Luiz Rodrigues. **Victimologia: Estudio de La Víctima**. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.

dignidade humana e o redescobrimento da vítima. Apresentaremos, ao final, os graus de dano ou vitimização (primário, secundário e terciário), estudados a partir da fase do redescobrimento.

No último capítulo, abordaremos aspectos gerais acerca das vítimas da delinquência sexual, debatendo a possibilidade de aplicação de conceitos vitimodogmáticos nessa seara delitiva. Trataremos das espécies de ação penal pública para averiguar quais delas possibilitam maior efetivação da dignidade do vitimado. Exploraremos os modelos adotados pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Apresentaremos, ainda, a alteração promovida pelo art. 1º da Lei 13.718/2018, que designou a ação penal pública incondicionada ao processamento dos crimes contra a liberdade sexual, bem como o debate que se arvora sobre a respectiva alteração, expondo os argumentos contrários e favoráveis. Por fim, procederemos à análise crítica do tema, transitando entre os argumentos contrários e favoráveis à mencionada alteração.

1 O PRINCÍPIO SUPRAconstitucional Humanitário e sua aplicação na disciplina criminal

Carmem Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 13), ao abordar a dignidade humana, concluiu: “gente é tudo igual, mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro, o miolo é igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas.”

Temos como pressuposto que a tutela fundamental, manifestada, sobretudo, por meio dos princípios que integram o bloco de constitucionalidade, gerencia efeitos irradiantes no ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao processo, já não cabe entendê-lo desgarrado da Constituição, uma vez que se afigura instrumento para a garantia nos trâmites burocráticos manejados pelo Estado do respeito às tutelas fundacionais, que, em primeira e última análise, são remetidas ao ser humano. Podemos, assim, afirmar que a disciplina processual é responsável pela travessia do devido processo constitucional ao devido processo infraconstitucional, e assegura a dicção de um Direito ancorado na vontade constituinte. É dizer: o processo é a ponte que permite encaminhar-se, a partir da Constituição, à entrega de um Direito justo, cujo tabuleiro é firmado no devido processo legal.

Por projetar uma maior contração da liberdade, a obediência a esse cabedal de premissas no processo penal é indeclinável. Vislumbrar-se-á que o devido processo se alçou como paradigma na seara criminalista e, antes de tudo, redundou na obediência ao princípio humanitário (dignidade da pessoa humana) no exercício da perseguição do crime.

De início, não há perder de vista que, “antes mesmo de ser norma jurídica (princípio e regra), a dignidade é, acima de tudo, o valor distintivo e insubstituível atribuído ao ser humano (e nele reconhecido) que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de **respeito e proteção**” (SARLET, 2015, p. 166-167, grifo nosso). Assim, o indivíduo é respeitado quando pode exercer sua personalidade e protegido quando o Estado lhe assegura o exercício de suas liberdades públicas.

Convém pontuar que o princípio em comento pode ser entendido como *tópos* da argumentação jurídica:

[...] a dignidade humana pode ser considerada como *tópos* por dispor das quatro características de um *tópos* geral elencadas por L. BORNSCHEUER, quais sejam: habitualidade (Habitualität), potencialidade (Potentialität), intencionalidade (Intentionalität) e simbolicidade (Symbolizität) 66. Por certo, a dignidade humana desempenha um papel relevante na estruturação da sociedade ocidental desde a era cristã. Entretanto, principalmente depois do sucesso da codificação deste valor em documentos e tratados internacionais de direitos humanos, estas quatro características indicadas por L.

BORNSCHEUER tornam ainda mais manifesto o caráter tópico da dignidade humana (PINHO, 2016, p. 21).

A dignidade da pessoa humana está relacionada aos lemas Franco-Revolucionários liberdade, igualdade e fraternidade, tricotomia que na doutrina constitucional simboliza as dimensões ou gerações de direitos humanos. Partindo dessa perspectiva, a primazia do princípio humanitário é a atenção às liberdades individuais, à necessidade de igual tratamento entre os indivíduos (isonomia) e à divisão dos ônus e dos bônus da vida em sociedade (solidariedade), que é a baliza do Estado Democrático.

[...] Dada importância da dignidade, **como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito**, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental (SZANIAWSKI, 2005, p. 141-142, grifo nosso)

A incidência expressa do princípio em epígrafe no Brasil ocorreu no plano constitucional vide artigo. 1º, inciso III. (BRASIL, 1988)

A dignidade, por outro lado, é, bem mais que direito fundamental, um direito humano⁹, e ainda que não fosse formalmente consignada no texto da Constituição, seria aplicável:

É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. (BARROSO, 2010, p. 10)

Numa postura pós-positivista, sufragou-se o seguinte saber: há normas incidentes nas disciplinas jurídicas que não foram escritas nos textos que as regem. No Direito Constitucional, é o que se nomeou bloco de constitucionalidade:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. (LIMA, 2004, p. 104)

⁹Para alguns autores, os direitos fundamentais são aqueles ratificados pela ordem jurídica doméstica, enquanto os direitos humanos são os que diretamente decorrem da qualidade humana de seus destinatários.

Lembramos que a Constituição brasileira previu explicitamente, em seu art. 5º, §2º, o seguinte: “Os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988)

Dessarte, a dignidade da pessoa humana arvorou-se, também, por decorrer do regime democrático, dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais de que participa a República Federativa Brasileira.

Ainda, há uma terceira via de incidência do princípio humanitário, que é a possibilidade de exercício de controles de convencionalidade das leis e dos atos administrativos quando cotejados com os tratados internacionais sobre direitos humanos que não tenham passado pelo crivo previsto no art. 5º, §3º, da CF/88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos vigentes no Brasil, quando não tenham sido submetidos ao rito das emendas constitucionais, têm valor supralegal na hierarquia normativa. Encerrou-se v.g que a prisão do depositário infiel, quando cotejada ao Pacto de San José da Costa Rica, ofendia o Estado de Direito, já que a previsão contida no art. 652 do Código Civil¹⁰ conflita com a disposição do art. 7º, 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 2008).

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é duplamente constitucional, porque: a) foi insculpida no texto da CF/88; b) insere-se no bloco de constitucionalidade, por força do art. 5º, §2º, da CF/88.

Corroborar essa percepção o fato de que, no direito pátrio, o princípio foi consignado cinco vezes no texto da CF/88, aos artigos. 1º, III; 226, §7º; 227, caput; e 230, caput). Na esfera infraconstitucional, o Código de Processo Civil estabelece que o juiz deve atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a **dignidade da pessoa humana** [...]” (BRASIL, 2015, grifamos).

No campo internacional, o Brasil participa da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); do

¹⁰“Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”. v. BRASIL, 2002.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984); e da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) (ORI, 2017). Todos esses documentos preconizam o princípio da dignidade como origem da tutela humanitária. Nos termos do Programa de Ação de Viena, por exemplo, é o objeto central dos direitos humanos e das liberdades (ORI, 2017). De tudo, concluímos que: a) a dignidade humana é duplamente constitucional; b) o paradigma constitucional constrói-se sobre a dignidade da pessoa humana.

O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado de Direito em um contexto pós-positivista marcado por uma reentronização dos valores jurídicos, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras [...] **e pelo desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.** (BARRETTO; MOTA, 2011, p. 20, grifamos).

Numa outra análise, o Estado Democrático de Direito tem como norte, entre outros, a legalidade (art. 37, caput), a solidariedade (art. 3º, I) e a dignidade. No que toca ao princípio humanitário, sua previsão é tão importante que vem consignado expressamente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). (BRASIL, 1988)

Referido princípio é de acatamento obrigatório no desempenho das funções públicas, maximamente para o exercício da atividade jurisdicional, que se ocupa das finais interpretação e aplicação do Direito. Não é só: ao legislador, igualmente, é defeso não o observar, haja vista que o princípio democrático somente se realiza quando o Poder Legislativo escolhe premissas concretas conducentes à efetivação dos direitos fundamentais. (ÁVILA, 2004, p. 382-383)

Na mesma agenda, a dignidade, como tutela bifundamental¹¹ que é, participa da construção do devido processo legal, donde se conclui que o processo justo é aquele que abrange, inevitavelmente, a exigência de instrumentos adequados à realização do direito material e, com efeito, do Direito Constitucional (MATOS, 2009).

O devido processo, portanto, é governado não somente pela legalidade, mas, principalmente, pelo princípio em comento, de modo a exigir do Estado o respeito às liberdades públicas e à dignidade humana. O ser humano, para todos os efeitos, é a *ratio essendi*¹² de um processo justo.

¹¹ Vimos que está gravada no texto constitucional e decorre, também, do regime de princípios adotado pela CF/88.

¹² Razão de ser; essência.

O devido processo legal, substancial e formal, remonta às intenções da *Magda Carta Libertatum* (REI JOÃO SEM TERRA, 1215) e aos institutos do Direito Anglo-Saxão. Não por outra razão, é naquela origem que devemos buscar subsídios à adequada compreensão do tema.

O Direito Estadunidense distingue o devido processo legal em *Procedural Due Process of Law*¹³ e *Substantive due Process of Law*¹⁴. O último diz respeito à legitimidade do poder público para a contração de direitos, isso é, pergunta-se até que ponto pode o Estado restringir o indivíduo em sua dignidade e sob qual justificativa. Quanto ao primeiro, questiona qual o procedimento adequado nas situações em que o Estado já se encontra legitimado, pela Constituição, a invadir a esfera das liberdades públicas.

Tomamos por base o trabalho de Erwin Chemerinsky (1999, p. 1501):

[...] what is substantive due process, because, strangely enough, if you look through Supreme Court opinions you will never find a definition. Substantive due process asks the question of whether the government's deprivation of a person's life, liberty or property is justified by a sufficient purpose. Procedural due process, by contrast asks whether the government has followed the proper procedures when it takes away life, liberty or property. Substantive due process looks to whether there is a sufficient justification, a good enough reason for such a deprivation

O instituto do *substantive due process* é, ainda, instrumento de reconhecimento de tutelas constitucionais não expressamente previstas no texto da Constituição: “There are two main areas where courts use substantive due process. The first is in the protection of unenumerated constitutional rights” (CHEMERINSKY, 1999, p. 1509).

O devido processo legal formal reflete a necessidade de observação da Constituição nos trâmites burocráticos que conduz o Estado, especialmente nos processos judiciais, o que implica reconhecer a dignidade da pessoa humana como “agulha guia”, ou “viga mestra”, do Direito Processual.

No campo criminal, como dito, por força do art. 5º, incisos LIV e XXXIX, da Constituição Federal, a infusão a tais premissas é ainda maior, haja vista cuidar-se de Direito de última razão, e, mais precisamente, por lidar com a privação da liberdade, incidindo sobre o corpo do sujeito que se supõe desviante (BRASIL, 1998).

Essa ideologia supraconstitucional serve como baliza para a produção e interpretação das normas penais e, embora não se tenha perfectibilizado, busca configurar, a partir da Declaração dos Direitos Humanos, o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende para as formas de controle social em todas as nações (ZAFFARONI, 2015, p. 68).

¹³ Devido processo legal formal.

¹⁴ Devido processo legal material ou substancial.

A virada humanitária do direito de punir tem origem na superação da perspectiva de um Estado Leviatã, ou personificado, que foi cara aos contratualistas; substituída pela noção de que as normas são criadas pelos indivíduos e para os indivíduos, os quais, eles sim, exercem a mútua convivência. Por conseguinte, de se entender que a punição não é um direito estatal, mas um dever de observância das vontades consentidas (BUSATO, 2018, p. 18). Em termos mais concretos, foi acolhida em um contexto de Estado Democrático no qual a legitimidade da norma incriminadora não pode ser atada aos interesses do legislador, desconsiderando-se a realidade empírica (TAVARES, 2018, p. 29). Nesse sentido, é também uma garantia da intervenção mínima do Estado e de uma semântica jurídica que não se esgota nos cânones normativos, embora busque por suas veredas cristalizar a justiça.

Luiz Regis Prado (2015, p. 112) pontua que a dignidade da pessoa humana é “a viga mestra fundamental e peculiar ao Estado de Direito”, bem como princípio de justiça criminal de validade *a priori*, quer dizer, que independe de qualquer positivação.

Para Guilherme de Souza Nucci (2018), a dignidade, ladeada ao devido processo penal, é princípio criminal regente, cometendo-lhe delimitar e dirigir os demais princípios penais e processuais penais. No seu entender, o princípio humanitário tem de ser analisado por dois prismas, um objetivo, que corporifica a garantia de um mínimo existencial; outro subjetivo, que materializa o sentimento de “**respeitabilidade e autoestima**” inerentes ao ser humano.

Doutra parte, mas no mesmo ideário, Aury Lopes Júnior (2018) identifica o princípio vertente como pressuposto básico do sistema acusatório, ao considerar que “o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade”.

Previsão mais cabalista é a de Renato Marcão, para quem o “princípio fundamental deve nortear toda a edição, interpretação e aplicação das regras jurídicas”, de modo que qualquer espécie normativa, ou interpretação dada, “que esteja em rota de colisão com os valores alcançados pelo princípio da dignidade da pessoa humana não poderá surtir efeitos práticos, e deverá ser extirpada do cenário jurídico” (MARCÃO, 2017).

1.1 OS VETORES DA DIGNIDADE HUMANA

Sabe-se que os direitos humanos, em sua primeira dimensão, vindicam ao poder público que adote um estado ou postura negativa (*status libertatis*) na lida com os indivíduos. Quer dizer, por meio da Constituição, o Estado deve furtar-se de invadir a esfera de liberdades

individuais ou liberdades públicas (MENDES, 2018). Dali adviria uma primeira importante lição: o devido processo legal é aquele em que se respeita a liberdade.

Num segundo momento, a tutela humanitária lança vistas aos direitos sociais, exigindo do poder público que assuma um estado ou postura positiva (*status activus civitatis*) na lida com os particulares. Por meio da Constituição, o Estado deve estabelecer condições para a igual repartição dos espaços de liberdade, ou melhor, para sagrar entre os indivíduos a isonomia (MENDES, 2018). Dali adviria uma segunda importante lição: o devido processo legal é aquele que oferece igualdade de tratamento aos iguais e desigual tratamento aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Se, inicialmente, o devido processo legal distinguiu-se no respeito à liberdade e à igualdade, encontra-se hoje fincado em pelo menos quatro premissas: legalidade, liberdade, igualdade, dignidade (MATTOS, 2009).

O princípio humanitário, a uma, compreende o direito à liberdade e à igualdade; a duas, pressupõe a observação da lei, já que não se pode falar em dignidade dissociada da justiça e da segurança jurídica. De acordo com as concepções Kantianas, dignidade, liberdade, igualdade e justiça são coeficientes do ideal humanitário:

Devido aos questionamentos realizados durante a pesquisa, constatou-se que o conceito de dignidade não sofre alterações na confrontação com os conceitos de liberdade, de moralidade, de justiça e de igualdade, pois, embora Kant os apresente separadamente, eles reforçam o ideal de humanidade (SANTOS, 2018, p. 114).

Ainda, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012), onde não for assegurado o mínimo existencial, onde não são respeitadas a liberdade e a igualdade, não há espaço para se falar no referido ideal de humanidade.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 24) acrescenta que o princípio em referência é observado quando se permite ao indivíduo o exercício autônomo de suas vontades, e envolve “em primeiro lugar, a capacidade de **autodeterminação**, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”. (grifamos).

A dignidade, contudo, não se restringe à observância da liberdade, e com ela não se confunde, pois é necessário que se façam presentes as condições para a autodeterminação do indivíduo, “o que traz para esse domínio, também, o direito à **igualdade**, em sua dimensão material”. (BARROSO, 2010, p. 25, grifamos).

Segundo Soraia da Rosa Mendes (2012, p. 227):

Tomando a dignidade da pessoa humana como pano de fundo, me parece que, tanto o direito à **autodeterminação**, quanto o direito à **proteção**, se colocam como vetores estruturantes a partir dos quais devem ser deduzidos os limites de atuação do direito penal. (grifamos)

Juarez Tavares (2018, p. 67) adverte que o princípio humanitário é expressão do imperativo categórico kantiano, segundo o qual, deve-se atuar de forma que se utilize a humanidade, para si e para os demais, como um fim em si mesma. A dignidade, pois, concede aos indivíduos liberdade e proteção, nesse último caso, na forma de reconhecimento social mútuo, “que conduz ao seu tratamento como pessoas iguais, não como máquinas ou mercadorias”.

A disciplina criminal, portanto, no contexto de recrudescimento dos valores jurídicos, referido como neopositivismo, obriga-se a ter como perspectiva a garantia da dignidade da pessoa humana, nos vetores humanitários da autodeterminação e da proteção.

Num enfoque criminológico atual e consentâneo à inteligência constitucional, é preciso perceber que o processo não viola unicamente os direitos do acusado, uma vez que submete às vítimas, notadamente nos delitos sexuais, a fenômenos de sobrevivitização. Em outras palavras, a dignidade humana, ladeada ao devido processo, deve ser observada na senda criminal, seja no contato com o acusado, seja na interação com o ofendido, o que será objeto de análise dos capítulos seguintes.

Neste capítulo, foi investigado o diálogo estabelecido entre a ordem constitucional e a ordem processual penal, sob o enfoque do princípio humanitário.

Na primeira seção, apresentamos a importância de observar-se a dignidade, como paradigma constitucional, para realizar no processo à vontade constituinte (devido processo legal material). Salientamos que, na esfera criminal, por projetar maior contração de direitos, o acatamento ao princípio humanitário é mais sensível.

Na segunda e última seção, verificamos que referido princípio, para que seja efetivado, cinde-se em dois vetores, autodeterminação e proteção. Arrematamos que o devido processo é aquele que os realiza de modo ótimo, em favor dos envolvidos, sejam imputados ou vítimas.

2 O PARADIGMA VITIMOLÓGICO CONTEMPORÂNEO

Para a abordagem dessa fenomenologia, é mister que se promova a investigação sistêmica do contexto em que se insere, em especial, aduzindo quais seus antecedentes, a fim de estabelecer relações causais relevantes à compreensão do objeto de estudo.

Iniciaremos, portanto, pela evocação dos registros históricos acerca do tratamento da vítima.

2.1 A VITIMOLOGIA E O SEU DEVENIR HISTÓRICO

Embora a vitimologia só tenha sido estruturada como uma disciplina própria a partir da segunda metade do século XX, é certo que a preocupação com o trato das vítimas e com as formas de ressarcir-lhes os danos advindos da criminalidade é muito mais antiga.

2.1.1 A IDADE DE OURO

Tanto o Código de Ur Nammu (2111-2003 a.C) como as Leis de Eshnunna (1930 a.C), estatuídos na antiga Mesopotâmia, previam uma espécie de composição civil dos danos para as lesões corporais. Os valores, definidos pelo juiz em pecúnia, deveriam ser pagos à vítima ou aos seus familiares. O Código de Eshunna determinava, ainda, que a importância fosse fixada de acordo com a condição jurídica e social do ofendido (BOUZON, 2002).

Também originado da região mesopotâmica, o Código de Hamurabi (1700. a.C) concedia às vítimas o privilégio de exercerem, *de per si*, a vingança privada, ressaltando-se que deveriam vingar-se somente do autor do ilícito (intranscendência) e de forma proporcional, no que ficou conhecido como a Lei do Talião (*lex talionis*), representada pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”. (FERNANDES, 1995, p. 14).

Colacionamos alguns trechos do referido diploma: “Se um awilum¹⁵ destruiu o olho de outro awllum, destruirão o seu olho [...] se quebrou o osso de um awllum, quebrarão o seu osso [...] se destruiu o olho de um muskênum¹⁶ ou quebrou o osso de um muskênum, pesará 1 mina de prata” (HAMMURABI, 1976).

¹⁵ Homem livre, dono de terras. v. Hammurabi, 1976.

¹⁶ Funcionário público, não era dono de terras, mas detinha regalias possessórias v. Hammurabi, 1976.

Dentre os antecedentes remotos da vitimologia, poderíamos, ainda, mencionar a Legislação Mosaica, o Alcorão, o Código de Manu e a Lei das Doze Tábuas (AQUINO, 2013).

Em resumo, o período que se estendeu dos primórdios do agrupamento humano até a baixa idade média pode ser compreendido como idade de ouro da vítima. Ali, em linhas gerais, ressaltou-se o seu poder, como titular do conflito, para empregar o perseguimento do crime e o seu castigo.

2.1.2 A NEUTRALIZAÇÃO DA VÍTIMA

Por séculos, o Império Romano do Ocidente dominou a Europa, constituindo-se potência do mundo conhecido na época, por envergar robusta estrutura jurídica, política e militar. A partir do Século III, contudo, tal hegemonia é desconfigurada, diante da constante querela firmada com os povos nomeados bárbaros, mormente de origem germânica, que culminou, em 476 d.C, com a derrocada do império em sua parte ocidental (RODRIGUES, 2013, p. 22).

Diante da insegurança levantada pela presença desses povos nas cidades romanas, muitas famílias foram forçadas a se estabelecerem na zona rural, fugindo ao caos das cidades. Esse êxodo conduziu à sistematização da vida europeia em bases feudais, caracterizada por propriedades rigorosamente protegidas e dominadas por senhores da nobreza (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 21)

É correto asseverar que o feudalismo foi gestado pelo intercâmbio cultural estabelecido entre os romanos e os povos germânicos. Tais conjunturas trouxeram como principais consequências a fragmentação política em diversos reinos e a descentralização sociojurídica (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 21)

A respeito dessa última, cumpre acrescentar que o poder, político, jurídico e social, agora se achava dividido entre o alto clero, que ganhara força especialmente com Gregório VIII; o Império, representado pelas dinastias monárquicas; e a nobreza feudal (LOPES, 2000, p. 85-86)

Esse vácuo de poder proporcionou espaço para o desenvolvimento paulatino das corporações de ofício, como responsáveis pela representação da classe burguesa, emergente à época. (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 22)

A soma do poder econômico, exercido pela incipiente classe burguesa, ao poder político que ainda detinha o imperador deu origem aos Estados Monárquicos Modernos, ou

Estados Nacionais, que responderam à redistribuição do poder nos territórios europeus (RODRIGUES, 2013, p. 24)

Nesse contexto de recrudescimento do Estado, as condutas criminais deixaram de ser entendidas como violação da dignidade das vítimas e passaram a ser vistas como direta afronta ao soberano. Em tais moldes, a relação bilateral autor/vítima foi solapada por outra, triangular, entre autor/Estado/vítima, que, “consoante ensina Ferrajoli, marca o nascimento do Direito Penal”. (RODRIGUES, 2013, p. 24).

No Brasil, a centralização do poder no Estado ganhou contornos muito mais rígidos. Isso porque a República Federativa Brasileira parte do contexto imperial de Estado Unitário, em 1824, a uma federação centrífuga, em 1891. Disso resulta intensa centralização política, mesmo no contexto federativo, que determina um Estado mais robusto e uniforme na legiferação. (SILVA; SANTOS; PEREIRA, 2017 p. 22).

Na mesma guisa, à aurora da independência, o Brasil muito se valia, ainda, do arcaboço jurídico e social português. O ensino superior resumia-se às searas de medicina e direito, este último prestado pelos filhos dos mais abastados na Faculdade de Coimbra, engendrando uma elite política, econômica e intelectual homogênea, constituída, sobretudo, por legistas. Dessa feita, projetou-se intensa flama pelo funcionalismo público, que comandou o fortalecimento do Estado como forma de controle da vida social (CARVALHO, 1980 p. 23-41)

Com o seu robustecimento, o Estado passou a exercer o monopólio da justiça, especialmente da persecução dos crimes, reservando à vítima um papel secundário, como mero objeto de prova. (RODRIGUES, 2013, p. 26)

Mesmo após o declínio das monarquias absolutas, continuou a vítima jogada à desimportância, uma vez que as primeiras construções liberais se voltaram quase estritamente à preservação do criminoso, diante das atrocidades cometidas pelo Estado nas respostas dadas ao fenômeno delitivo.

Nesse caminho, Antonio Scarance Fernandes (1995, p. 16) acentua que:

As primeiras e justas preocupações voltaram-se para o réu, não para a vítima. Com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica as penas são humanizadas: repudiam-se os castigos corporais; elimina-se ou se limitava bastante a pena de morte; extirparam-se as penas infamantes.

A relação processual-penal compor-se-ia, a partir de então, por três sujeitos: juiz, acusador e acusado.

2.1.3 O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA

As duas grandes guerras modernas (1914-1945) puseram em xeque as pretensões iluministas de humanização e racionalidade, que já não eram bastantes para promover a dignidade da pessoa humana. A partir dali, percebeu-se necessário fortalecer as instâncias internacionais de controle como forma de prevenção dos problemas que exsurgiram, ou ao menos foram visibilizados no novo ocidente, os massacres, os genocídios, a xenofobia, o preconceito e a degradação ambiental.

O redescobrimento da vítima é um marco sociojurídico que se estende da preocupação global com a hecatombe e os danos sociais produzidos pelos regimes autoritários do século XX e identifica-se com a estruturação da disciplina vitimológica como é hoje conhecida (RODRIGUES, 2013, p. 28).

Discute-se na academia qual a referência doutrinária responsável pela sistematização da vitimologia enquanto disciplina autônoma. A primeira corrente atribui-a a Benjamin Mendelsohn, por suas obras *Giustizia Penale* (1940) e *La victimologie* (1956). Por outro lado, há quem a impute a Hans Von Henting, que, em 1948, publicou o estudo *The Criminal and His Victim* (RODRIGUES, 2013, p 30).

Num primeiro momento, procurou-se explicar a medida de participação vitimal na eclosão do evento-crime, estudo atualmente condensado no recorte vitimodogmático da disciplina. Essa abordagem, contudo, não foi capaz de realizar em favor das vítimas o princípio humanitário, pelo contrário, ensejou verdadeira imagem culpabilizadora do ofendido, muitas vezes, em benefício do infrator¹⁷. (MOLINA, 1998, p. 46)

Por outro lado, é partindo dela que os estudos científicos da vítima são desenvolvidos para se reconhecer o papel que desempenha no conflito penal, não obstante, como dito no início desta seção, o interesse na tutela do ofendido seja muito mais antigo:

Os antigos, bem certo, ainda não trabalhavam, com clareza, com os conceitos de personalidade, de características biológicas, psicológicas, de tendências vitimizantes, de comportamento desviante, menos ainda de culpabilidade (conceito moderno) ou de conduta social, atitudes e motivações, estímulos e respostas, consciência ou inconsciência etc., mas tinham, com absoluta nitidez, a noção de justiça e conseqüente “reparação do dano” causado injustamente, fundamental preocupação da moderna Vitimologia. (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 22).

¹⁷Algumas correntes defendem, inclusive para os crimes sexuais, que o comportamento da vítima pode afastar a tipicidade da conduta, a culpabilidade do agente, ou mitigar, em benefício deste último, a aplicação da pena, por intermédio do art. 59 do Código Penal.

[...] Assim, a partir dos anos de 1950, constitui-se um saber específico sobre as vítimas como antigamente sobre os delinquentes. Ao mesmo tempo, os trabalhadores sociais do sector judiciário veem ser-lhes atribuído, além da responsabilidade pelos delinquentes, um papel de apoio às vítimas (GARAPON; GROS, PECH, 2001, p. 258).

A vitimologia nasceu oficialmente no âmbito científico em 1979, por ocasião do Terceiro Simpósio Internacional, realizado na Alemanha. Não se olvide, todavia, que, a partir de 1973, no Primeiro Simpósio de Vitimologia, celebrado em Jerusalém, já se haviam apresentado ao mundo os trabalhos inaugurais de Mendelsohn sobre o tema. (BERISTAIN, 2000, p. 83),

Foi nesse cenário, referido como o redescobrimento da vítima, que o ofendido reconquistou o seu protagonismo no conflito penal. Por outro lado, reputamos pertinente cindi-lo em dois momentos: a) o redescobrimento da vítima, *stricto sensu*¹⁸; b) o novo paradigma vitimológico ou paradigma vitimológico contemporâneo¹⁹.

A separação é relevante porque o atendimento ao princípio humanitário no benefício das vítimas só veio a ser ocupação central do estudo vitimológico a partir de 1985, com o advento da 96ª Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde se instituíram “os princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e do abuso de poder”:

Observa-se que o contido na Resolução nº 40/34, de 29 de novembro de 1985, da Assembleia da ONU, foi reforçado e enumerado no Estatuto de Roma, adotado pela Conferência de Ministros Plenipotenciários de 120 países, em Roma, em 17 de julho de 1998, com a finalidade precípua de proteção das vítimas, sendo tal dispositivo ratificado pelo Brasil e internalizado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. (FERNANDES, 2014, p. 391)

Se naquele primeiro momento a vitimologia voltou seus olhos estritamente à participação vitimal no acontecimento do crime, no segundo momento acentuou-se o protagonismo das vítimas como sujeitos de direito no conflito penal. O paradigma vitimológico contemporâneo importou-se com a efetivação da dignidade humana sobre dois vetores: liberdade e proteção.

A nova vitimologia é calcada em uma perspectiva tríplice: estudo e pesquisa, alterações na legislação e assistência vitimal:

[...] vai muito além dos contornos da Vitimodogmática, de cuidar de classificar a vítima dentro, tão somente, do fenômeno delituoso em busca da mensuração da culpabilidade do agente. Primeiro, a vítima é “redescoberta” – fato muito associado ao trabalho de Benjamin Mendelson – como integradora da prática delituosa e, por

¹⁸ Período compreendido entre a década de 1950 e o ano de 1985.

¹⁹ Todo o período subsequente ao ano de 1985.

isso, deve ser valorada para apuração de todo o contexto. Em um segundo momento, vê-se que a preocupação com a situação vitimal deve ir além de classificações de comportamento, saindo-se do “redescobrimto” para uma valoração com análises bem mais aprofundadas (VASCONCELOS, 2018, p. 42).

Essa renovação nos quadros conceituais da disciplina é particularmente importante na esfera da criminalidade sexual, onde suas propostas, naquele primeiro momento, eram de aplicação, no mínimo, temerária. A nova vitimologia adotou como função central a proteção da vítima e o reconhecimento de seu papel preponderante, bem como a releitura da dogmática penal no sentido de atender às suas expectativas (JORGE, 2005, p. 27).

Rompeu-se com o princípio monológico de compreensão do delito para adotar-se um princípio dialógico, cujo resultado é o fortalecimento do “outro”:

Podemos, por consiguiente, aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente (LARRAURI, 1992, p. 21)

Uma das principais contribuições desse paradigma foi reconhecer que o sofrimento vitimal não se esgota nas consequências diretas e indiretas do crime, pois ecoa no contato entre as vítimas e a investigação policial, a judicatura e seus grupos de convívio. (MOLINA, 1998, p. 84). Trataremos, a seguir, dos fenômenos de vitimização primária, secundária e terciária.

2.1.3.1 Vitimização primária

A vitimização primária, ou dano primário, é o processo suportado pelas vítimas que compreende os efeitos diretos e indiretos, materiais ou psíquicos, da prática do delito (VIANA, 2018, pg. 167).

Tais efeitos variam em intensidade conforme a natureza do crime e as particulares condições da vítima, podendo sobre elas imprimir sentimentos de impotência, fragilidade, ansiedade, depressão e culpa (OLIVEIRA; FERREIRA, 1999, p. 37).

2.1.3.2 Vitimização secundária

A vitimização secundária, processual ou *pena del branquillo* é o processo suportado pelas vítimas que compreende os efeitos causados pela burocracia estatal durante a persecução

do crime, impostos pelo sistema de justiça, nas pessoas do agente de polícia, da autoridade policial, dos serventuários de justiça, do juiz, dos advogados, dos agentes penitenciários, entre outros.

Tais efeitos decorrem da negligência das instâncias formais de controle na punição do delito, da obrigação de recontar-lhes eventos traumáticos e do descrédito a que são submetidas, tendo, muitas vezes, desconsideradas as suas necessidades: “Durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado. Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura.” (BERISTAIN, 2000, p. 105).

Na lição de Eduardo Viana (2018, p. 167), o dano secundário consiste nos custos adicionais exigidos das vítimas por ocasião da interferência dos sistemas formais de controle na apuração do evento delitivo.

O grau de vitimização de que tratamos contribui sobremaneira para o aumento da cifra negra dos crimes²⁰, em se considerar que induz na sociedade um sentimento geral de desconfiança nas instâncias de controle e no sistema de justiça (CÂMARA, 2008, p. 90).

Por atuação do sistema formal de controle, as vítimas “são coisificadas, racionalizadas e marginalizadas, tornando-se ‘não-sujeitos’, com a quase total expropriação do direito de articular seus próprios interesses”. (TIVERON, 2014, p. 329).

Em síntese, conscientizamo-nos de que aquele que padece de um delito, ao buscar suporte no aparato judicial, não encontra respostas adequadas às suas necessidades, mas uma sequência de violações, sofrimento e incompreensões, desde a fase policial “até a penitenciária, passando pela judicial, sem esquecer da pericial” (BERISTAIN, 2000, p. 106).

2.1.3.3 Vitimização terciária

A vitimização terciária ou dano terciário é o produto do contato da vítima com o fenômeno que a vitimou e com o sistema de justiça (BERISTAIN, 2000, p. 109). Com maior incidência em determinados gêneros delitivos, notadamente nos crimes contra a dignidade sexual, as vítimas tendem a perder parcela de sua identidade e sofrer rotulações demeritórias. Maria, por exemplo, deixa de ser Maria e passa a ser a vítima de um crime estupro; Joana não é mais Joana, mas a falsa acusadora.

²⁰ Impunidade.

Tais efeitos são produzidos no seio da sociedade quando são imputados às vítimas atributos negativos que, no imaginário popular, justificam a sua segregação social (OLIVEIRA, 1999, p. 38). Muitas vezes, o conceito é atraído às situações em que a sociedade exalta o ofensor e ridiculariza o ofendido, penalizando-o em seu lugar (VIANA, 2018, p. 167).

Neste capítulo, foi apresentado o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir do desenrolar da vitimologia ao longo da história.

Inicialmente, explicitamos a fase marcada como idade de ouro da vítima. Concluimos que naquele período prevalecia o paradigma da vingança privada, segundo o qual caberia ao ofendido, titular do conflito penal, o direito de punir.

Sequencialmente, retratamos o segundo período histórico do trato vitimal, que ficou conhecido como fase de neutralidade ou neutralização. Naquele contexto os ofendidos pela criminalidade foram lançados à desimportância, uma vez que o Estado lhes roubou o conflito penal. Assim, a vítima havia perdido a qualidade de sujeito de direitos no processo para figurar como mero objeto de prova.

Na subseção seguinte, logramos apresentar o período entendido como redescobrimto da vítima. Separamo-lo em duas fases: a primeira é correspondente ao redescobrimto da vítima propriamente dito, ou *stricto sensu*, que se inicia com as obras de Mendelsohn e Henting nas décadas de 1940-1950 e se encerra ao final de 1985; a segunda é identificada como o paradigma vitimológico contemporâneo, pautada, no que deve ser, pelo protagonismo e preservação das vítimas sob o enfoque da dignidade humana, e estende-se de novembro de 1985 até a presente data.

Ao final, apresentamos como importante contribuição do estudo vitimal os conceitos e a aplicação do dano primário, dano secundário e dano terciário. Arrematamos que o sofrimento suportado pelas vítimas não se esgota nas inerências diretas e indiretas ao crime, pois é reforçado nas instâncias formais e informais de controle, notadamente na esfera da delinquência sexual.

3 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA

As seções seguintes abordarão o debate que se impôs com o advento da Lei nº 13.718/2018 acerca do modelo de ação penal adotado no processamento dos crimes contra a liberdade sexual.

A intenção será analisar as implicações do paradigma humanitário e do novo paradigma vitimológico, estudados nos capítulos anteriores, na seara da delinquência sexual e de seu processamento pelas instâncias formais de controle, para buscar, a partir daqueles dois campos, respostas adequadas ao problema de pesquisa.

3.1 A VITIMOLOGIA DOS DELITOS SEXUAIS – ASPECTOS GERAIS

A sistematização da disciplina vitimológica atentou-se não somente à dupla-penal, mas, também, “alargou o conceito de violência, restringido no campo da dogmática”. No estudo dos crimes sexuais passou-se a observar o fenômeno de culpabilização das vítimas dos delitos dessa categoria, tratando-se de “um processo cultural de rotulação negativa capaz de refletir, inclusive, no âmbito das decisões judiciais”. (SILVA, 2017, p. 256).

Diante dessa realidade, não se pode desviar do entendimento de que a criminalidade de que falamos, em suas idiossincrasias, exige para si um tratamento diferenciado. Isso porque ofende ao sentimento de respeitabilidade das vítimas, sua intimidade, liberdade e, por consequência, a dignidade humana, de forma mais incisiva, em regra, do que os demais delitos (FAYET, 2011).

Bittencourt (2007, p. 21), em seu campo de conformação, remeteu-nos à particularidade de que nos crimes sexuais a vítima, além de lesada “em um bem jurídico difícil de proteger”, acha-se obrigada no sistema judiciário a “contar tudo”, como objeto do processo, “depor a pessoas estranhas situações íntimas”, e, muitas vezes, colocar-se em posição de confronto com seu agressor.

A vitimologia nesse gênero delitivo recobra a prevenção dos danos suportados pelos ofendidos não somente decorrentes do evento-crime, mas, também, das respostas estigmatizantes dadas pelo subsistema de justiça e pelo sistema social. Além da violação primária, tornam-se vítimas da violência institucional, que, a partir de um modelo de sociedade patriarcal, recria e reproduz estereótipos de desigualdade (BARATTA; STRECK; ANDRADE,

1999, p. 113), ou de negação da diferença, que, montados em pretensão discurso igualitário, discriminam, excluem, desidentificam e despersonificam (BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 60):

O sistema penal é ineficaz para proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito [...] duplica a vitimação feminina, porque as mulheres são submetidas a julgamentos e divididas. (BARATTA; STRECK; ANDRADE, 1999, p. 113-114).

Sobre a vitimodogmática, ao menos em princípio, sua aplicação é desaconselhada nessa seara criminal, porque busca explicar a medida de participação das vítimas na lesão de seus bens jurídicos, levando em muitos casos ao afastamento da responsabilidade do autor ou à sublimação da análise das circunstâncias judiciais do delito na dosimetria da pena. Dito de outro modo, atribui-se ao ofendido parcela da responsabilidade por sua vitimação.

Para os crimes em geral, a corrente majoritária entende que o comportamento da vítima deve ser levado em conta apenas na análise das circunstâncias judiciais, conforme previsão do art. 59 do Código Penal. Uma segunda corrente, minoritária, reputa ser o comportamento vitimal capaz de excluir a responsabilidade do agente. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 167)

No que toca, todavia, à criminalidade sexual, atribuir às vítimas responsabilidade pela ocorrência da violação é: a) assumir o risco de criar uma sociedade “porco espinho”, marcada pela paranoia da autoproteção; b) conduzir à perda da confiança na tutela penal, diante dos fenômenos de revitimização; c) “reconfigurar-se o que se entende por consentimento e por comportamento de risco para, por meio de juízos morais disfarçados de dogmática, negar-se tutela a quem não se comporta como se esperaria, de acordo com alguns padrões sociais”. (MACRI JUNIOR; MACRI, 2018, p. 172)

Na lição de Vera Regina Pereira de Andrade (2010, p. 78), nos crimes sexuais, por aplicação do paradigma de “vítima provocadora” ou de “vítima merecedora”, inverte-se o que deveria ser uma análise objetiva da ocorrência de um fato, que passa a ser um verdadeiro julgamento do ofendido:

[...] Muito embora a definição legal do estupro (art. 213) prescindia desta exigência, a lógica da honestidade é tão sedimentada que “os julgamentos de estupro, na prática, operam, sub-repticiamente, uma separação entre mulheres ‘honestas’ e mulheres ‘não honestas’”. Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal.

Mônica Magalhães (2017, p. 264) pontua que, em que pese a delimitação da contribuição da vítima na violação de seus bens jurídicos venha a privilegiar a dignidade humana, tal perspectiva não é aplicável aos delitos vertentes, uma vez que a autodeterminação sexual não se pode embasar no princípio da autorresponsabilidade. Melhor explicando, a autodeterminação permite-nos a expressão de nossas concupiscências sem que se autorize ao outro suplantar-nos a vontade e dispor de nossos corpos.

Nesses domínios, o conceito de vítimas culpadas, na maior parte das vezes, mulheres, retira-lhes a liberdade de trabalhar, estudar, divertirem-se, vestirem-se como acharem interessante, sob pena de serem assediadas, estupradas, e “culpadas das violências sexuais que sofrem”, por despertarem “o que há de pior num homem” (OLIVEIRA; CARNEIRO, 2001, p. 251).

Em sentido diverso, Souza defende que, em muitos casos, a vítima é sim a culpada de sua violação:

É esse maniqueísmo, fruto quer de ingenuidade no trato dos conceitos operacionais vitimológicos, quer de um erigir-se a vítima a uma condição de mártir e o acusado à de algoz [...] que tem provocado condutas arreadas em inúmeros jurioperadores, como se a vitimologia tivesse sido criada como um nicho, um abrigo, um bunker permanente para abrigar todas as vítimas de todos os crimes, com a execução perene de todos os autores de fatos típicos. (SOUZA, 1998, p. 320)

E continua:

Quem deflagra o processo de troca de sinais nos ritos de acasalamento assume uma responsabilidade indiscutível quanto ao desfecho desse processo, seja ele qual for. Por evidente, se o desfecho for penalmente indiferente, nada haverá a dizer. Mas, se ele for considerado penalmente relevante, não haverá, conscientemente, como ignorar o papel desempenhado pela vítima na construção desse resultado. (SOUZA, 1998, p. 47)

Na formulação do autor, para ensejar-se uma acusação, é necessário que a linguagem do dissenso seja clara e inconfundível, ou se presumirá que o ato foi consentido (SOUZA, 1998, p. 48). E não é só:

Pode-se dizer que uma alegação, por parte da vítima, de dissenso e/ou resistência aos propósitos do vitimizador terá sido sincera quando concorrerem todos, ou pelo menos a maioria, dos seguintes pressupostos:

- a. Que a vítima goze de boa reputação moral, isto é, desfrute na comunidade do conceito de “mulher honesta” ou mulher séria;
- b. Que a vítima se comporte, comprovadamente, nas mais diversas situações sociais, de maneira recatada, tanto no vestir quando no proceder em geral;

- c. Que a vítima, ante facto, se haja comportado de maneira a não remanescerem dúvidas sobre sua condição moral;
- d. Que, eventualmente, a vítima não se haja envolvido, ainda que remotamente antes do fato, emocional ou mesmo sexualmente com o indivíduo a quem acusa de delito sexual;
- e. Que a vítima haja, inclusive, em ocasião anterior aos fatos, repudiado ou repellido, comprovadamente, assédio ou importunação desse mesmo indivíduo à sua liberdade sexual;
- f. Que a vítima não haja, durante o processo de vitimização do qual diz ter dissentido, ou a ele resistido, cometido nenhum deslize ou adotado nenhuma atitude, ou manifestado nenhuma incoerência, que comprometa a seriedade de suas afirmações [...] (SOUZA, 1998, p. 111).

Nada obstante, há três linhas de abordagem ao tema. A primeira corrente entende “inaplicável e político-criminalmente desaconselhável qualquer indagação vitimodogmática” nos delitos desse jaez. Uma segunda posição, intermediária, assegura possível a aplicação restrita da vitimodogmática nesses domínios, “somente tendo espaço, por exemplo, quando a própria vítima tem a iniciativa da relação sexual e, durante o ato, ou pouco antes de iniciá-lo, desiste”. Para a terceira corrente, o comportamento vitimal é indissociável da compreensão do delito, de forma que o histórico sexual da vítima, ou a maneira de vestir-se, poderia gerar no autor uma impressão de consentimento tácito. (MACRI JUNIOR; MACRI, 2018, p. 172).

No nosso entender, a segunda posição desapareceu-se do fato de que mesmo nos casos em que a vítima inicia a prática do ato, não se pode negar a existência de um ilícito, uma vez que, considerada a autodeterminação sexual das pessoas, é-lhes dado, a qualquer momento, retirar o consentimento.

Por seu turno, em que pese tenha elaborado, com acerto, que o benefício do vitimário não necessariamente simboliza o prejuízo das vítimas, *vice-versa*, reputamos que a terceira corrente, preconizada por José Guilherme de Souza, dissociou o estudo do crime da intelecção constitucional. É como dizer que algumas pessoas, por seu histórico de vida ou preferências individuais, são imerecedoras da tutela do Estado, ou pior, que não podem ter assegurada a propriedade de seus corpos, e isso, num contexto democrático, é também dizer que não são pessoas.

O embate levanta-nos um par de tomentosas questões, cuja ordem é prática e, embora não adstritas à vitimologia sexual, serão relevantes à discussão da pesquisa: a) quanto às possibilidades metodológicas do processo na extração da verdade; b) quanto ao conceito de “sociedade porco-espinho”.

A primeira delas fala da dicotomia entre conhecimento e poder, a partir da epistemologia garantista, tema que tange à dicção do direito penal.

No tocante, vale mencionar que o empreendimento contratualista inaugural foi de legitimar a existência e a atuação do Estado como instrumento de tutela da propriedade, inclusive a propriedade do corpo. No contexto do direito penal, trouxe duas necessárias preocupações: a prevenção do delito e a proteção do indivíduo contra a atuação arbitrária do Estado (QUEIROZ, 2006, p. 83).

Para alcançar esse desiderato, numa concepção garantista, é necessário colocar o sistema judicial sob limites pré-definidos, como forma de objetar eventuais arbitrariedades. No horizonte criminal, dita construção faz-se por meio de dez axiomas, que Ferrajoli nomeou sistema garantista, ou SG²¹, perfilhados pela CF/88²² (FERRAJOLI, 2014, p. 91). Entremeando o direito penal mínimo e o direito penal máximo, o garantismo ressaltou que só se pode punir quando a verdade processual se fizer apoiada na verdade real, de modo que o processo “deve ser” um juízo de cognição dos fatos e de reconhecimento do direito, deve conhecê-los, não os construir. Para Ferrajoli, tanto o direito penal mínimo como o direito penal máximo são modelos punitivos de certeza relativa ou irracionais:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também nenhum inocente seja punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. (FERRAJOLI, 2014, p. 103).

O sistema garantista visou firmar no domínio penal a segurança jurídica das decisões. Esse é o ponto a que queríamos chegar: não se cuida estritamente das garantias do acusado, mas da epistemologia do processo penal e suas possibilidades. (FERRAJOLI, 2014, p. 104)

Antes de abordá-la, faremos uma reserva: consoante admite Ferrajoli, o garantismo é uma previsão do que o direito e o processo penal “devem ser”, não do que efetivamente “são”. (FERRAJOLI, 2014, p. 102). Dentro de certos limites, é possível aproximar-se, por intermédio do processo, da real verdade dos fatos e da verdade do direito. Por outro lado, há incertezas relativas e correlativas inerentes ao que o processo “é”, a despeito do que “deveria ser”.

²¹*A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine acione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.*

²² “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. v. BRASIL, 1988.

A primeira incerteza diz respeito a seu caráter aproximativo, e é insuperável, na medida em que a verdade processual nunca refletirá com exatidão a verdade dos fatos, se é que pode ser alcançada pela inteligência humana²³. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A segunda incerteza, de ordem mais prática, refere-se à cognição dos fatos para o convencimento motivado do juízo. A verdade dos fatos no processo é a declaração de validade de uma inferência indutiva, irredutivelmente insegura, na medida em que é provada, ou melhor, provável, quer dizer, passível de refutação. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A final incerteza diz respeito à reconhecimento do Direito, que declara a validade de uma inferência dedutiva, “irredutivelmente insegura, porque opinativa”. (FERRAJOLI, 2014, p. 105)

A solução planeada pelo autor, no campo do que o processo “deve ser”, é que não se permita ao juiz a apreciação dos fatos sob um critério de opção interpretativa, tampouco a análise do Direito sob um critério de livre apreciação. No campo do que ele “é”, por outro lado, explicita:

Na prática, lamentavelmente, os juízes costumam confundir e intercambiar estes dois modos de solução de incertezas, às vezes mascarando os defeitos da legalidade estrita das normas e os espaços de arbítrio originados por eles por detrás da imagem de livre convicção e outras vezes, suprimindo os efeitos da estrita jurisdicionariedade²⁴ e da pobreza das provas no âmbito interpretativo. (FERRAJOLI, 2014, p. 106)

Nesse sentido, no plano do que ele “é”, a aplicação do direito penal encerra-se pautada no decisionismo do julgador, que, em desfavor do conhecimento dos fatos e do reconhecimento do direito, constrói uns e outro, aplicando não mais um juízo de cognição, mas um juízo de disposição, ou de poder.

Podemos defender que quando o poder prevalece sobre o saber, o objetivo de estabelecer-se, a partir da Constituição, a jurisdição como instrumento a favor da tutela humana deixa de ser alcançada (LOPES JR, 2005, p. 259).

Algumas ideias garantistas a aportar neste parágrafo: a) o juiz, no plano do que o processo “deve ser”, precisa julgar, condenar ou absolver de acordo com as provas do fato,

²³Protágoras, em contraposição aos ideais de Sócrates, afirmava que o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são. O debate estende-se aos dias de hoje, dentro e fora do campo jurídico, e sobleva entre os ditos pensadores da pós-modernidade, a exemplo de Jacques Derrida, que estabelece a dificuldade em se precisar a verdade ante os ruídos comunicativos e as diversas interpretações possíveis a cada contexto. Friedrich Nietzsche, no mesmo sentido, aponta a verdade como um batalhão móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, enfim, uma soma de relações humanas, que foram enfatizadas poética e retoricamente, transpostas, enfeitadas, e que, após longo uso, parecem sólidas, canônicas e obrigatórias.

²⁴ Atuação do juiz limitada pelos fatos provados e pelo direito previsto (legalidade estrita).

positivas e negativas, submetendo-lhes a sua convicção; b) os indícios são inferências extraídas de um fato provado passado que guardam suposta relação com outro fato provado passado e, por si só, não levam a juízos de certeza, apenas de probabilidade, seja porque a experiência passada não assegura, “de modo algum, que o nexó entre os acontecimentos se repetirá no futuro”. (FERRAJOLI, 2014, p. 127-136); c) as garantias processuais, no que se refere à produção de provas²⁵, exigem certificar-se da necessidade da prova ou verificação, a possibilidade de contraprova ou refutação, e que a decisão seja imparcial e “motivada sobre a verdade processual fática” (FERRAJOLI, 2014, p. 141); d) só se pode falar em segurança jurídica se a lei e a jurisdiccionariedade forem estritas, ou seja, a lei deve ter conteúdo claro e inequívoco, e o pronunciamento judicial deve estar firmado na prova dos fatos e na interpretação do direito, sem espaço para que se extrapolem esses dois limites. Chamaremos este de parágrafo de remissão, pois voltaremos a abordá-lo mais adiante.

As dificuldades epistemológicas do processo são percebidas pelas criminologias críticas de uma forma mais impactante. Vera Regina (1997, p. 260-262), conquanto reconheça o garantismo pelo mérito de impor limites à atuação do Estado, considera que, na ingenuidade cartesiana que marca o movimento, desapareceu-se do fato de que a lei não pode assegurar por completo a clareza de sua interpretação, dando margem a atitudes subjetivas do intérprete, de forma que, tanto na teoria como na prática, os juízes operam o conflito penal de forma dispositiva, etiquetando o criminoso quando julgarem conveniente fazê-lo, recíproca verdadeira. Nesse sentido, a lei somente traduz um projeto de Direito, que pode ser conflitado com outros projetos políticos, ideológicos e culturais em que se insira o julgador, inobstante a tentativa garantista de evitá-lo.

A seletividade do discurso dogmático e da praxe penal tem lugar tanto em desfavor do réu, na escolha de quem mereça ser punido, como em face do ofendido, escolhendo quem mereça proteção, principalmente quando o julgador foge à cognição dos fatos e à reconhecimento do direito para construí-los ao dispor dum projeto de poder:

Isto porque se trata de um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas. (ANDRADE, 2010, p. 75)

E continua:

²⁵ Necessidade da prova, possibilidade da refutação e convicção justificada.

E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social [...] o SJC duplica, em vez de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema (ANDRADE, 2010, p. 75)

Baratta (1997, p. 176) reforça que o processo, quando não utilizado para a seletiva punição, em prejuízo dos réus, o é para a seletiva desproteção: valem-se do “não conteúdo” do direito penal e do seu assumido caráter de fragmentariedade para deixar de criminalizar condutas, no nível primário e secundário²⁶, de certos grupos hegemônicos.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho afirma que o sistema penal deve ser um meio apto não só à enunciação de direitos, mas à sua efetivação em favor do ser humano, seja autor ou vítima, acrescentamos, bem assim, também importante, deve sensibilizar-se às demandas sociais, evitando a obstrução dos espaços de resistência. *In verbis*:

A crença da concepção paleopositivista nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismos processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de falácia normativista [...]. Desde o modelo garantista, portanto, seria imprescindível não apenas a existência de um sistema jurídico que enuncie direitos, dotando-os de mecanismos processuais satisfatórios direcionados à possibilidade de sua efetiva satisfação (acesso aos direitos), mas igualmente de estrutura de poder razoavelmente sensível às demandas e que reconheça e não obstrua espaços sociais de resistência. (CARVALHO, 2013, p. 226).

Voltando-nos ao cerne desta seção, existem dois entraves à cognição da verdade inerentes ao processamento dos delitos sexuais. O primeiro deles é a prova dos elementos objetivos do tipo, tendo em vista que as violações soem ocorrer às ocultas, em locais ermos ou recônditos (ANDRADE, 2010, p. 92). Quanto ao segundo, a prova dos elementos subjetivos, notadamente a vontade de satisfação da lascívia e o dissentimento, é de complexa verificação, diante da impossibilidade de incursionar à mente dos envolvidos.

A primeira dificuldade foi enfrentada pelos tribunais revestindo de especial valor probatório a palavra das vítimas. Confirma-se o entendimento do STF à época:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. **1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria [...] [grifamos].** (RHC 79788, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 02/05/2000, DJ 17-08-2001 PP-00052 EMENT VOL-02039-01 PP-00142).

²⁶A criminalização primária é a seleção de condutas criminosas no plano abstrato, em Lei; a criminalização secundária é a ação punitiva exercida pelo sistema de justiça sobre pessoas e situações concretas.

No mesmo caminho, a corte infraconstitucional:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.

INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR.

I - 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 [...] [grifamos].

(AgRg no AREsp 1549964/MT, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 11/11/2019).

E o TJDF:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CRITÉRIO OBJETIVO-SUBJETIVO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos crimes contra a dignidade sexual, por ocorrerem geralmente às ocultas, sem a presença de testemunhas oculares, a palavra da vítima possui especial relevância, a qual, se harmônica e coesa com as demais provas produzidas, notadamente pelos vestígios identificados por exames periciais de localização de material genético do acusado, é suficiente para embasar a condenação [...] [grifamos] (Acórdão 1216303, 20170110583637APR, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR Revisor: SEBASTIÃO COELHO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 14/11/2019, publicado no DJE: 22/11/2019. Pág.: 176/182).

É possível entender-se em contrário, e sem engano, com base no princípio constitucional da não culpabilidade e nos axiomas nono e sexto do SG, como fez José Guilherme de Souza, tese defensiva trivial nesse campo delitivo. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ESTUPRO E TORTURA CIRCUNSTANCIADA PELO SEQUESTRO. ABSOLVIÇÃO PELO ESTUPRO. AUSÊNCIA DE PROVAS. VERSÕES ANTAGÔNICAS. CONDENAÇÃO PELA TORTURA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA, PROVA TESTEMUNHAL E LAUDO PERICIAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

2. Embora se deva oferecer elevado valor probatório à palavra da vítima em crimes contra a dignidade sexual, deve ser segura, coerente e em harmonia com outros elementos, a contrário sensu, coexistindo duas versões antagônicas, mormente quando a que favorece o acusado foi prestada em Juízo em duas oportunidades, a única solução juridicamente viável é a absolvição com base no princípio da presunção de inocência, haja vista que o benefício da dúvida milita em seu favor. [grifamos] (Acórdão 643928, 20120610022112APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 13/12/2012, publicado no DJE: 7/1/2013. Pág.: 274).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE DANO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. CRIME DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL. SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL À PRÁTICA DE SEXO ANAL E ORAL POR UM DETENTO CONTRA OUTRO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEGURAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO DELITO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. CRIME DE DANO QUALIFICADO. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ORAL. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Deve ser mantida a absolvição do réu, em face da fragilidade do conjunto probatório quanto à materialidade e autoria do crime de estupro, uma vez que, apesar da palavra da vítima, à qual normalmente se confere grande credibilidade, é certo que os elementos dos autos deixam dúvidas se o réu, que dividia a cela em estabelecimento prisional com o ofendido, realmente constrangeu este a praticar sexo anal e oral com ele, sobretudo porque o laudo de exame de corpo de delito, realizado no mesmo dia dos fatos, não detectou lesões na região íntima da vítima, além de que não foi juntada aos autos a conclusão do exame de colheita de material para espermatozoides, que certamente ajudaria no deslinde da questão.

2. A condenação criminal requer certeza e segurança da materialidade e da autoria do delito, não servindo, para tanto, mera probabilidade, diante do princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, diante da possibilidade de que o réu não tenha praticado o delito de estupro, pois ausente prova segura da materialidade do delito, deve ser aplicado o princípio in dubio pro reo, mantendo-se a absolvição.

(Acórdão 828813, 20141210002173APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Revisor: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 23/10/2014, publicado no DJE: 4/11/2014. Pág.: 140).

Cabe ao julgador, como preconizaram Andrade (1997; 2010), Barata (1997) e Carvalho (2013), efetivar a tutela dos direitos já enunciados constitucionalmente, o que exige a observação da realidade empírica. Nesse sentido, no que toca à prova dos elementos objetivos do tipo, há que se ponderar, no caso concreto, as garantias do imputado e as do ofendido. Acreditamos que a supervalorização da palavra da vítima, em todo caso, deve ser considerada, salvo prova em contrário, sob pena de conduzir-se à impunidade desse gênero delitivo e à imunização dos ofensores. Se lançarmos à análise, por exemplo, o delito de violação sexual mediante fraude, o grande desafio não é a prova do dissenso, uma vez que o consenso é pressuposto da caracterização dessa conduta, mas a prova do emprego de fraude, e de que a essa fraude se atribui o assentimento do ofendido, o que, em princípio, só poderia ser extraído do relato vitimal:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. PROMESSA DE CASAMENTO. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Para a configuração do delito de violação sexual mediante fraude é indispensável que o meio fraudulento empregado seja capaz de levar a vítima a erro 2 - No caso dos autos não há que se falar em fraude ou engano de qualquer espécie. A vítima [...] se posicionou quanto ao ocorrido no sentido de ter pleno conhecimento da situação do

acusado ser pessoa casada, com filhos, e, ainda, que a relação sexual se deu de forma consentida após estendido relacionamento [...] (Acórdão 1004707, 20161210013606APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 9/3/2017, publicado no DJE: 22/3/2017. Pág.: 575/578)

Contudo, não havendo, factualmente, provas bastantes a firmar o édito condenatório, cremos que não há se opor à absolvição do acusado, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal²⁷ (BRASIL, 1941).

O segundo entrave à cognição da verdade é a prova dos elementos subjetivos do tipo, onde mais necessária a incisão argumentativa. A corrente que entende adequada a aplicação dos conceitos vitimodogmáticos no processamento dos delitos sexuais advoga, como introduzido, que, não havendo dissenso inequívoco, o consenso deve ser presumido, o que conduziria à absolvição do autor com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão de o fato articulado na denúncia não constituir um ilícito penal. Atentemo-nos, a partir daqui, ao parágrafo de remissão.

Se o depoimento da vítima faz prova do dissenso, e não há razão alguma para infirmá-lo, o juiz precisa julgar, condenar ou absolver, de acordo com as provas positivas coligidas aos autos, submetendo a elas a sua convicção, sob pena de reduzir-se a um modelo inquisitorial, em que os elementos probatórios angariados somente servem a corroborar uma preconcepção do julgador, que apoia-se em sua discricionariedade. Além disso, informações a respeito da vestimenta do ofendido, sua reputação, antigos relacionamentos, seu grau de “honestidade”, ou preferências individuais, no máximo, poderiam ser entendidas como indícios de consenso, ou seja, inferências feitas a partir de um fato pretérito, que sucumbiriam diante da prova produzida em juízo, em especial diante do relato vitimal. Em adição, é conferido às vítimas, sejam elas “honestas” ou “desonestas”, se é que tal coisa existe, casuisticamente, consentir ou dissentir, e a aferição desse elemento negativo/positivo há que ser realizada com base na verdade processual fática. Além do mais, as garantias processuais na produção de provas, que são direitos da pessoa humana, não só do imputado, somente serão satisfeitas quando permitida a contraprova ou a refutação, que não é possível em face de juízos de valor acerca do recato ou da honestidade das vítimas, insubmergíveis em qualquer metodologia racional. Essas orientações são consectárias ao dever de integridade e coerência²⁸ do ordenamento e das

²⁷“O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça não existir prova suficiente para a condenação”. v. BRASIL, 1941.

²⁸ “Segundo Dworkin, será mais fácil entender a interpretação construtiva do Direito se se aceitar a integridade como uma virtude política, uma vez que as exigências da mesma se dividem em integridade na legislação (que

decisões judiciais (jurisdicionariedade estrita), que exsurgem com o reconhecimento das lacunas da lei e, assumindo a dicção jurídica como construção, exigem que se proceda à luz do Direito, do devido processo legal e da dignidade, sendo o múnus do julgador encontrar a resposta correta dentro das possibilidades acenadas pela Constituição. (FERREIRA; FRANCO, 2017, p. 13-23; NASCIMENTO; MELO, 2017, p. 132; DMITRUCK, 2018, p. 151).

Por fim, há um ponto afeto à dogmática penal que desaconselha a aplicação de premissas vitimodogmáticas aos delitos vertentes como forma de decote do crime. Em princípio, haveria duas formas de se afastar a criminalidade da conduta com base no consentimento: a) atipia; b) inexigibilidade de conduta diversa.

No primeiro caso, consoante argumentado aos parágrafos acima, seria necessário que a prova dos autos, e de preferência a partir do relato da vítima, indicasse a presença do consentimento. Na segunda hipótese, conforme precipita a terceira corrente, aplicar-se-ia a dúvida em favor do réu, uma vez que devida à vítima a assumpção do risco de produzir-se o resultado lesivo:

Quem deflagra o processo de troca de sinais nos ritos de acasalamento assume uma responsabilidade indiscutível quanto ao desfecho desse processo [...] se ele for considerado penalmente relevante, não haverá conscientemente como ignorar o papel desempenhado pela vítima na construção desse resultado [...] em termos de crime sexual, portanto, a resistência ou oposição que a vítima oferece ao vitimizador não pode ser mera negativa [...] se a mulher não quiser manter conjunção carnal com o homem, tal não será possível, ainda que ela esteja manietada ou amarrada, não será possível a *imissio penis*, se a mulher mantiver as pernas fechadas [...] (SOUZA, 1998, p. 48-113).

De nossa parte, achamos que, em que pese a necessidade de privilegiar-se o acusado no caso de dúvida interpretativa, tais orientações direcionam-se ao Estado, não aos particulares. Sendo o imputado pessoa maior e capaz, no pleno domínio de suas faculdades mentais, e, podendo agir conforme o direito, não o tenha feito, haverá de responder nos termos da norma incriminadora, não cabendo alegar a dúvida ou o desconhecimento da lei. Por outro enfoque, se a vítima, de qualquer modo, esboçou o seu dissentimento, mesmo que se trate de “mera negativa”, reveste-se a vontade do agente de um razoável elemento de incerteza quanto à idoneidade de sua ação, e, caso leve os atos a cabo e a efeito, referida dúvida completará os aspectos caracterizadores do dolo da conduta (cognitivo e volitivo), fazendo incidir a disposição do art. 18, inciso I, *in fine*, do Código Penal: “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou **assumiu o risco de produzi-lo**” [...] (BRASIL, 1940). Nesse sentido, acreditamos

solicita aos legisladores que produzam leis coerentes com os princípios) e a integridade no julgamento (que solicita aos que julgam que o façam também de forma coerente com os princípios” v. DMITRUCK, 2018, p. 151.

que é o vitimário e não o vitimado quem assume o risco de produção do resultado; entendemos que a responsabilidade pela ocorrência da violação, destacadamente na esfera da delinquência sexual, será sempre do ofensor, a quem a lei atribuiu, melhor, exigiu, a obrigação de abster-se de violar os espaços de liberdade de seus pares, nunca do ofendido. (CUNHA, 2017, p. 360)

A segunda tormentosa questão acerca o conceito de sociedade “porco-espinho”, e diz respeito à segurança pública. Na noção de que os sujeitos se consociam sob a égide de um soberano, que, no nosso contexto, retira de nós mesmos o seu poderio²⁹, a liberdade, inclusive para a autodefesa, conformou-se na exigência paralela por segurança, atribuída de forma privativa ao Estado. (SABADELL, 2003, p. 6). Passou-se a exigir das instâncias de controle dois tipos específicos de segurança, uma externa, concernente à defesa nacional e outra interna, no sentido de proteger os indivíduos contra a violência própria à vida em sociedade (SABADELL, 2003, p. 2). Por outro lado, um contexto ampliado de segurança pública prevê ao Estado que se ocupe “da tutela efetiva de todos os direitos fundamentais” (SABADELL, 2003, p. 5).

Na Alemanha, a segurança pública é associada à prevenção criminal e ao medo da criminalidade. Este último, nos crimes sexuais, simboliza o sentimento geral de insegurança que as vítimas, geralmente mulheres, passam a nutrir com relação a certos tipos de conduta e a dados ambientes, como forma a prevenir sua vitimização primária (SABADELL, 2003, p. 23). A adoção de referidas reservas profiláticas tende a engendrar uma comunidade de mulheres limitadas pela paranoia da autoproteção, cerceando-lhes o direito de ir, de vir e de ser. (SABADELL, 2003, p. 25). Em suma, atribuir à vítima, por seu modo de vestir, locais que frequenta ou hábitos de conduta parcela da culpa de sua própria violação tanto produz um sentimento geral de insegurança como lhes limita o exercício de liberdades fundamentais. Não nos escapa que tal sorte de indagação pode ser dirigida a outros gêneros delitivos, entretanto, não há delito que incinere de mais devastadora maneira a dignidade humana que os sexuais (MANZANERA, 2002, p. 79).

Sem embargos ao que se apresentou nesta seção, consoante discorre Vera Regina (2010, p. 78), os conceitos de vítima merecedora, provocadora, mais culpada que o vitimário e precipitante do delito ainda são aplicados nos tribunais brasileiros e mundo afora, reforçando na praxe um metadiscurso³⁰ rechaçado pela academia.

²⁹ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. v BRASIL, 1998.

³⁰ v. BEKE, Rebecca. El metadiscurso interpersonal en artículos de investigación. **Rev. signos**, Valparaíso, v. 38, n. 57, p. 7-18, 2005.

Como exemplo, alguns recortes colacionados ao trabalho de Almeida e Nojiri (2018, p. 844-846):

Saliente-se que a vítima Laura estava em companhia do acusado por vontade própria. Foi a vítima e sua irmã Ana que solicitaram carona ao réu e pediram para que ele as levasse para passear na cidade de Ariranha, e ainda que chamasse seu amigo Albert, para acompanhar Ana, restando mais que evidente que a intenção de todos era ter uma aventura amorosa naquela noite. (Sentença 55)

Segundo a vítima, pediu para ele parar, tentando empurrar com os pés. Porém, não se verifica até que ponto esse pedido se mostrou verossímil no caso em questão. [...] Por fim, o comportamento em audiência, requerendo de qualquer forma retirar a representação em face do réu, ou melhor, dizendo que não representou o réu, é elemento que torna ainda mais fraca a tese de que ocorreu grave ameaça. (Sentença 19)

3.2 ESTUPRO: TIPO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO

Tomamos como modelo a análise do crime previsto no art. 213, caput, do Código Penal, por seu caráter generalista, embora não se tenha afastado a possibilidade de abordarmos pontualmente as demais espécies de delitos contra a liberdade sexual. Reputamos este tópico necessário ao suporte das seções seguintes.

A norma em referência definiu como criminosa a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. (BRASIL, 1940)

O bem jurídico tutelado pela norma é a liberdade sexual, quer dizer, a autodeterminação em matéria erógena e o direito à inviolabilidade carnal (proteção) (PRADO, 2015, p. 22). Em última análise, está-se a proteger a dignidade sexual das vítimas, seja pela nomenclatura trazida ao Título IV do Código Penal, seja porque a proteção da liberdade sexual é voltada à realização da dignidade humana (MASSON, 2018, p. 891-893).

Parte-se do pressuposto humanitário de que devem ser as pessoas respeitadas, no plano de suas relações verticais³¹ e horizontais³², no âmbito de sua vida sexual, ao Estado cabendo assegurar os “meios para todos buscarem a satisfação sexual de forma digna, livre de violência, grave ameaça, ou exploração” (MASSON, 2018, p. 891-893).

São elementos objetivos do tipo penal: constranger; violência ou grave ameaça; conjunção carnal; ato libidinoso diverso da conjunção carnal. São elementos subjetivos

³¹ Eficácia vertical dos direitos humanos; a relação entre Estado e indivíduo.

³² Eficácia horizontal dos direitos humanos; a relação entre o indivíduo e seus pares.

positivos do tipo: o dolo típico e dolo específico. É elemento subjetivo negativo do injusto³³: o consentimento da vítima.

O núcleo do tipo é o ato de constranger a vítima a agir desconforme seus interesses, ou seja, coagi-la a fazer ou deixar de fazer (MASSON, 2018, p. 891-893). No caso específico do crime de estupro, o constrangimento é operado de dois modos alternativos, mediante violência e/ou grave ameaça e é voltado para a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Como modo de execução, a violência consiste no emprego de força física (lesões corporais ou vias de fato) sobre a vítima ou terceiro com quem mantenha laços de afinidade (MASSON, 2018, p. 893; PRADO, 2015, p. 1027). Por sua vez, grave ameaça é a “promessa de realização de um mal grave, futuro e sério contra a vítima” (MASSON, 2018, P. 893) “de modo a sobre ela imprimir “temor, desespero, ansiedade irracional” (PRADO, 2015, p. 1027). A violência ou a grave ameaça são dirigidas à consecução da prática de conjunção carnal e/ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do membro fático masculino na abertura vulvar da mulher (PRADO, 2015, p. 1025). Ato libidinoso, como gênero, é todo e qualquer ato de natureza sexual, dissemos, aqueles voltados à satisfação da lascívia.

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*; o *cunnilingus*; o *pennilingus*; o *annilingus*; o coito anal; o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual [...]; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos; o uso de objetos ou instrumentos corporais, mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal [...] (PRADO, 2015, p. 1027).

O tipo penal subjetivo é composto pelo dolo típico ou genérico e dolo específico. O dolo genérico é a vontade livre (aspecto volitivo) e consciente (aspecto cognitivo) de praticar a conduta descrita no tipo penal. Contudo, para a caracterização do delito em análise, é indispensável que se faça presente a vontade especial de, com a prática do ato, satisfazer a lascívia ou o desejo, próprio ou de terceiros. (PRADO, 2015, p. 1028; MASSON, 2018, p. 897).

³³ Cléber Masson entende a ausência de consentimento como elementar implícita do injusto penal. Por oposição, pode-se entender o consentimento como elemento subjetivo negativo do tipo, o que é de todo arrazoado num estágio em que o delito é observado de modo dialógico, sob o aspecto da vítima e do autor.

No caso da conjunção carnal, a satisfação da lascívia, em regra, é inerente ao ato, o que nem sempre se verifica, de logo, na prática de atos libidinosos diversos³⁴

Há ainda, como elementar implícita do injusto penal, o dissenso da vítima (MASSON, 2018, p. 894). Para o fim de enfatizar sua importância na caracterização do delito, tratamos o consentimento como elemento subjetivo negativo do tipo, já que, assentindo a vítima à prática sexual, afastar-se-á a tipicidade formal da conduta.

Cuidaremos, em sequência, do cerne desta investigação, qual seja, a opção legislativa pela Ação Penal Pública Incondicionada na esfera dos crimes contra a liberdade sexual.

3.3 AS ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

Revelou-se indispensável à pesquisa apresentar um breve panorama acerca das subespécies Ação Penal Pública Condicionada e Ação Penal Pública Incondicionada, a fim de esboçar suas diferenças e possibilitar o cotejo entre o direito pátrio e o de outros países, representado pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina, bem como subsidiar a análise crítica desta monografia.

3.3.1 AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

A regra geral, consoante previsão do art. 24 do CPP e art. 100, §1º, do CP (BRASIL, 1941;1940) é que o exercício da *persecutio criminis* não exija o assentimento do ofendido, isso é, geralmente, não depende de representação. Tal decorre do monopólio estatal da prerrogativa de punir, e de prover para que se puna, atribuição, a última, dada ao *parquet*³⁵, nos termos do art. 129, inciso I, da CF/88. (BRASIL, 1988).

Para a espécie, não há abertura à consideração dos interesses da vítima, uma vez que o Ministério Público atua baseado no princípio da obrigatoriedade, segundo o qual lhe é “vedado perquirir a respeito da conveniência ou da oportunidade da propositura da Ação”. (PRADO, 2015, p. 620).

³⁴ É possível, por exemplo, que um profissional de saúde toque as zonas erógenas de sua paciente sem que se configure um ilícito penal, caso não se mostre presente o elemento subjetivo especial do tipo.

³⁵ Ministério Público.

É correto dizer que o representante ministerial atua vinculado às suas funções institucionais³⁶. Nessa hipótese, qualquer pessoa poderá comunicar à autoridade policial a existência da infração penal, com vistas à instauração do inquérito, vide o art. 5º, §3º do CPP (BRASIL, 1941). Qualquer um pode, ainda, provocar diretamente o Ministério Público, diante da dispensabilidade do inquérito policial, previsão do art. 27 da mesma apostila legal. (BRASIL, 1941).

No cenário posto, as vítimas participam do processo, *lato sensu*, como meros elementos, a depender da fase, de informação ou de prova, no último caso, a teor do artigo 201 do Código de Processo Penal. Tanto o é que, não comparecendo o ofendido em juízo, poderá ser coercitivamente conduzido à presença da autoridade, vide art. 201, §1º, do mesmo diploma (BRASIL, 1941).

A ideia é que a violação afeta, primeiramente, a sociedade, o sentimento coletivo e o Estado. Nesse tom, é interesse de todos provocar a atuação das instâncias de controle, almejando a punição do desvio, e do Estado, a todo custo, punir. (PRADO, 2015 p. 609; FELÍCIO, 2016, p. 73).

Corre, contudo, uma indagação de outra ordem: e quando a conduta criminal afeta, primeiramente, a esfera íntima das vítimas? A lição, no geral, da doutrina, e, no particular, de Carlos Eduardo Felício é que para essas hipóteses o Estado reserva a ação penal pública condicionada à representação do ofendido e a ação penal privada, ao fim de evitar-se o *strepitus fori*³⁷ (PRADO, 2015 p. 609; FELÍCIO, 2016, p. 31;73).

3.3.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

De acordo com Júlio Fabrini Mirabete (2000, p. 136), existem situações nas quais o interesse das vítimas há que se sobrepor ao público, uma vez que as consequências do delito são sentidas, principalmente, no âmbito privado. Em geral, são as hipóteses em que o processo lhes acarreta efeitos tão infames ou mais infames que a própria vitimação. O fim colimado pelo

³⁶ Nos últimos anos, tem se discutido acerca da recepção (ou não recepção) dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal pela CF de 1988. Discute-se também se a Lei dos Juizados Especiais mitigou a aplicação do princípio da obrigatoriedade. Contudo, o debate não atende, neste momento, ao problema de pesquisa desta pesquisa.

³⁷ *Strepitus fori*, ou *strepitus iudicii* é uma expressão que remonta ao Direito Romano e remete à exposição da vergonha do ofendido, diante do caráter publicístico do processo.

legislador ao condicionar o encetamento do processo-crime à representação do ofendido é alinhar os interesses da vítima aos do Estado, nos casos em que a primeira seja a maior afetada.

Tanto a ação penal privada como a pública condicionada permitem a consideração das necessidades vitimais, pois, no que se refere à apresentação de queixa ou representação, fundamentam-se no princípio da oportunidade³⁸. Para atender à objetividade almejada, contudo, nos deteremos no estudo das ações penais públicas.

No que se lhes refere, Antonio Scarence Fernandes (1995, p. 93) aduz que serão elas públicas condicionadas “se for alcançado imediatamente o interesse particular e mediatamente o interesse público”. Nesse sentido, o condicionamento da ação penal à vontade do ofendido revela-se especial fator protetivo, desobrigando-o de expor suas intimidades (GOMES, 2011), ao passo que se afigura efetiva medida a garantir-lhe o protagonismo processual penal (LOPES JR., 2018).

Já em termos práticos, no compulsar da legislação regente, certo é que a representação beneficia, muitas vezes, o ofensor.

A título de exemplo, a não manifestação do interesse da vítima no prazo legal de 6 (seis) meses, a contar da data em que se tornou conhecida a autoria do delito, conduz à extinção da punibilidade dos fatos, vide artigos 103 e 107, inciso IV, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Outra importante consequência dessa opção legislativa é que tanto o inquérito como a ação penal só se podem iniciar com a representação, previsões dos artigos 5º, §4º, e 24, caput, do CPP; e 100, §1º, do CP. É possível, ainda, que a vítima se retrate da representação apresentada até o oferecimento da inicial acusatória, vide art. 25 do códex instrumental (BRASIL, 1941;1940).

Quanto a poder-se aviar nova representação após se ter retratado da primeira, existem duas correntes. A posição majoritária acena à possibilidade de apresentar a vítima quantas representações julgar conveniente, por ausência de disposição legal em contrário, observado apenas o prazo decadencial de 6 (seis) meses e a previsão do art. 25 do CPP, *in fine*, isso é, que se não tenha oferecido a denúncia. O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1998) sufragou-a:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE "HABEAS CORPUS".

³⁸Juízo de oportunidade e conveniência. No caso da Ação Penal Pública Incondicionada, o juízo de adequação realizado pelas vítimas, por meio da representação é condição de procedibilidade. O interesse da vítima, nesses casos, vincula o interesse agir do MP, pelo aspecto da necessidade.

CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECURSO INTEMPESTIVO. PROVA DE POBREZA. REPRESENTAÇÃO E RECONSIDERAÇÃO DA RETRATAÇÃO.

I- O recurso ordinário intempestivo pode ser conhecido como "writ" substitutivo.

II- A conclusão acerca da pobreza dos pais das vítimas pode decorrer das peculiaridades do caso, considerando, inclusive a notoriedade decorrente de atividade profissional.

III- A reconsideração acerca de retratação é admissível dentro do prazo decadencial.

IV- A verificação da espontaneidade ou de eventual vício de vontade na "retratação da retratação" escapa, no caso, aos limites do "writ".

V- Não há que se falar de extinção da punibilidade em virtude de retratação da representação oferecida pela mãe das ofendidas, mormente se houve oportuna reconsideração e, também, se simultaneamente, o pai ofereceu outra representação.

Recurso desprovido.

(RHC 7.822/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/1998, DJ 19/10/1998, p. 116, grifamos).

O segundo posicionamento, encabeçado por Tourinho Filho (2013), é de que retratação da representação extinguiria a punibilidade, à semelhança do que ocorre quanto ao instituto da renúncia, ou, ao menos, seria suficiente para determinar o arquivamento do inquérito policial:

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 serem arquivados, em face da ausência de representação, condição a que se subordina, às vezes, o "jus accusationis". Permitir-se a retratação da retratação é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis (TOURINHO FILHO, 2013, p. 358).

Fernando Capez (2001, p. 110) segue a mesma trilha:

A retratação da retratação, ou seja, o desejo do ofendido de não mais abrir mão da representação, não pode ser admitida. No momento em que se opera a retratação, verifica-se a abdicação da vontade de ver instaurado o inquérito policial ou oferecida a denúncia, com a consequente extinção da punibilidade do autor.

Há algumas ponderações necessárias. Viu-se que ação penal pública é pautada pelo princípio da obrigatoriedade, assertiva verdadeira mesmo no universo daquelas condicionadas à representação, ao menos no que se refere ao acusador (FELÍCIO, 2016). Em tais conjunturas, não havendo previsão legal em contrário, cabe ao *parquet* promover a perseguição do fato delitivo, sob pena de ofender sua função institucional. Adverte o melhor juízo que, havendo retratação, e não sendo o caso de extinção da punibilidade, já que assim não se grafou em lei, deve-se aguardar a fluência do prazo decadencial. Estar-se-ia, caso contrário, cerceando o direito das vítimas sem qualquer sombra de respaldo legal. Pode-se discutir, como fez o doutrinador, acerca da possibilidade de arquivamento do feito por ausência de uma das

condições da ação, qual seja, o interesse de agir. Por outro lado, parece-nos não ser o que se afigura mais consentâneo às advertências da lei, pois que é latente a intenção de manejar a sabedoria do enunciado n° 524 da Súmula do STJ³⁹ e, *a contrário sensu*, do art. 18 do CPP (BRASIL, 1969;1941) para obstar o exercício de um direito do ofendido. Não se pode olvidar que, salvo em virtude da lei, não lhe é imposto fazer ou deixar de fazer. Ainda, é certo que a ausência de representação impede o início do processo-crime, por faltar ao acusador interesse processual, entretanto, isso não justifica que, por exemplo, não havendo representação da vítima, o órgão ministerial promova o arquivamento do feito, sob aquele pretexto, antes de decorrido o prazo de 6 (seis) meses aludido algures. É dizer: tanto quando a vítima retrata sua representação como quando, simplesmente, ainda não a exerceu, falta ao acusador interesse processual, inexistindo motivo plausível para diferenciar essas situações e ensejar o arquivamento no primeiro caso e não no segundo.

Por outro lado, a interpretação minoritária dá-se, num contexto de dúvida, se é que há, em favor do réu, como manda o costume penal, além de cuidar, com acerto, para que o protagonismo da vítima não redunde na ressacralização da vingança privada.

Obedecidas as finalidades desta monografia, basta-nos perceber que a legislação processual admite a retratação da representação antes oferecida, o que pode produzir benefícios ao ofensor. Para alguns, significa a adoção de postura tolerante do Estado em relação à criminalidade, ou pior, a deficiente proteção das vítimas e a negação da dignidade humana; do outro lado, há quem entenda as ações públicas condicionadas à representação, e já o dissemos, como: a) garantia da preservação da intimidade das vítimas; b) garantia do protagonismo vitimal.

Ambos os posicionamentos serão oportunamente apresentados. Antecipamo-nos, contudo, em dizer que, num contexto onde a máxima efetivação da ideologia constitucional, ombreada à percepção dialógica da realidade, é o valor supremo da tutela penal, o prejuízo do infrator nem sempre resulta o benefício da vítima. A recíproca é, igualmente, verdadeira.

3.4 NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS DELITOS SEXUAIS

Cuidaremos nesta seção de abordar os modelos de Ação Penal adotados no Brasil e nos Estados da Espanha, Portugal e Argentina para o processamento dos delitos sexuais.

³⁹ “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

3.4.1 HISTÓRICO BRASILEIRO

Em sua redação original, o Decreto Lei nº 2.848/1940 (BRASIL, 1940) previa que, de regra, a ação penal para o crime de estupro seria de natureza privada, procedendo-se mediante queixa do ofendido. Excepcionalmente, adotar-se-ia ação penal pública condicionada à representação, caso a vítima não pudesse prover as despesas processuais sem privar-se de recursos indispensáveis à sua manutenção; ou ação pública incondicionada, havendo o crime sido cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Por aplicação do art. 101 do Código Penal, cujo teor transcrevo a seguir, parte da doutrina entendia caber ação penal pública incondicionada aos casos de estupro praticados mediante violência real (BITENCOURT, 2017). Foi o que sufragou a corte maior, por intermédio do enunciado nº 608, editado no ano de 1984: “No crime de estupro praticado mediante violência real a ação penal é pública incondicionada”. (BRASIL, 1984). “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, deva-se proceder por iniciativa do Ministério Público.” (BRASIL, 1940)

A partir de 2009, com o advento da Lei nº 12.015, a nova redação do art. 225 do Código Penal sedimentou que, para os crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI do referido diploma (crimes contra a liberdade sexual), a ação penal seria pública condicionada à representação do ofendido. Lado outro, se porventura fosse o delito praticado contra vítima menor de 18 (dezoito) anos, ou vulnerável, o início do processo-crime independeria de representação (BRASIL, 2009).

A doutrina entabulou um novo embate. A corrente majoritária, sustentada por Luiz Flávio Gomes e Guilherme Nucci, defendeu que a reforma legislativa teria afastado a aplicação do enunciado sumular nº 608 do pretório excelso. Os sustentáculos dessa interpretação são os seguintes: a) a norma prevista no artigo 225 do códex material (redação anterior à Lei nº 13.718/2018) é especial em relação à norma inscrita no art. 101 do Código Penal; b) a norma prevista no art. 225 do códex material (redação anterior à Lei nº 13.718/2018) é posterior à norma inscrita no art. 101 do Código Penal; c) o entendimento sumular anterior não pode suplantar a lei federal posterior (NUCCI, 2017). A posição minoritária, encabeçada por Cezar Bitencourt, assegurava a plena vigência do verbete, advogando que, para os crimes cometidos mediante violência real, antes ou depois da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, dever-se-ia manejar ação penal de natureza pública incondicionada. Os sustentáculos dessa interpretação

são os seguintes: a) a norma do art. 101 do códex material é especial em relação à norma do art. 225 do Código Penal; b) o estupro é, e continua a ser, um crime complexo (BITENCOURT, 2017).

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018) sufragou, até recente data, a segunda interpretação, *in verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGADA NECESSIDADE DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA MESMO APÓS A LEI 12.015/2009. HIGIDEZ DA SÚMULA 608 DO STF [...] 2. **A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada.** [...] Pormenorizada na sentença condenatória a caracterização da violência real – física e psicológica – a que foi submetida a vítima, é inviável, no instrumento processual eleito, alterar a conclusão firmada acerca dos fatos e provas. 4. Ordem denegada. (HC 125360, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018). [grifei]

Entendemos, na esteira de Guilherme de Souza Nucci (2017), que, a partir da vigência da Lei nº 9.099/1995, exauriu-se o fundamento técnico-jurídico que havia embasado a edição do enunciado sumular, já que as lesões corporais leves passaram a desafiar ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Em tais conjunturas, a aplicação do verbete, se é que ainda era devida, restringir-se-ia, em tese, aos casos em que a violência resultasse lesão corporal de natureza grave, *lato sensu*.

A mudança promovida pela Lei nº 13.718/2018, ao reservar ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes contra a liberdade sexual, encerrou, por ora, o embate doutrinário no que se refere ao enunciado nº 608 da súmula do STF.

3.4.2 DIREITO COMPARADO

Nesta subseção, abordaremos o tratamento dado pela legislação alienígena aos delitos contra a liberdade sexual no que se refere ao modelo de ação penal adotado, representada pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Os dois primeiros, em razão da matriz histórica comum (península ibérica) e o último por ser, ao lado do Brasil, uma das potências políticas e culturais da América Latina.

3.4.2.1 Espanha

Na Espanha, os delitos sexuais acham-se tipificados entre os artigos 178 e 189 do diploma penal, incursos em seu Título VIII, “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Com algumas diferenças pontuais, os artigos 178 e 179 (*Agresiones sexuales*) da legislação incriminadora daquele Estado correspondem ao crime de estupro, normatizado no Brasil pelo art. 213, caput, do Código Penal:

Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando 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 primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años. (ESPANHA, 1995)

Para o gênero desses ilícitos, que são conhecidos como semipúblicos, ou semiprivados⁴⁰, determinou-se ao artigo 191 que a ação penal somente será iniciada mediante “denúncia”⁴¹ da pessoa ofendida, ou de seu representante legal, ou “querela” do Ministério Público, observando-se, em todo caso, os interesses da vítima (ESPANHA, 1995).

As ações semipúblicas são correlatas, no Brasil, às públicas condicionadas à representação do ofendido. Nessa espécie, em regra, somente se possibilita ao Ministério Fiscal o oferecimento da denúncia sem a respectiva representação quando se cuidar a vítima de pessoa menor ou incapaz.

Las diferencias teóricas entre ambos sistemas son las siguientes: en tanto se trata de un delito público no se requiere la voluntad de la víctima para iniciar el proceso, el cual puede ser iniciado por el atestado que remita el policía, por el parte de lesiones que se reciba del Hospital, o por cualquier otro medio previsto en la LECr., asumiendo el Ministerio Fiscal el papel de acusación. Por el contrario, en los delitos semipúblicos, se requiere la denuncia de la víctima para iniciar el proceso (LARRAURI, 2003, p. 293).

Lado outro, no que respeita aos delitos previstos nos artigos. 178 e 179, especificamente, autorizou-se ao *parquet* o oferecimento da Denúncia sem a respectiva “representação”, ainda que se trate de vítima maior e capaz, o que originou para esses domínios

⁴⁰À semelhança das ações penais públicas condicionadas. Contudo, há em relação aos delitos sexuais referidos uma situação jurídica *sui generis*, já que, em princípio, sua persecução só poderia se desdobrar a partir da “denúncia” do ofendido, contudo, com as alterações promovidas no estatuto penal, apesar de semiprivados, se lhes possibilitou o oferecimento da “querela” pelo *parquet* sem a correlata “representação” da vítima, desde que observados os seus legítimos interesses.

⁴¹Não tem o mesmo emprego que dá o direito brasileiro.

uma situação jurídica *sui generis*, levantando tormentosa dúvida na doutrina⁴². Questiona-se se ação penal preservou, ou não, seu caráter semipúblico. Há duas linhas de pensamento. De um lado, é possível entender que, sendo viável ao Ministério Fiscal promover a *persecutio criminis* independentemente de representação da vítima, a ação passou a ser pública, submetida ao preceito da obrigatoriedade/legalidade. Numa outra inteligência, ao considerar que o Ministério Fiscal continuou submetido ao interesse vitimal, há dizer que a ação preservou seu caráter semipúblico, agora quase público, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade, de modo que cabe ao *parquet* realizar juízo de oportunidade e conveniência do exercício da persecução penal à luz da vontade da vítima. (AYJÓN, 1999)

Segundo leciona Miguel Marcos Ayjón (1999, p. 608), sucedeu, em relação “estupro”, que adotou o país espanhol a ação penal pública de natureza condicionada, com a ressalva de que se permite ao acusador o oferecimento da denúncia sem necessidade de representação, desde que atenda aos legítimos interesses do ofendido:

Parece, así, que el legislador ha querido subrayar, al usar esta expresión, este deber del Ministerio Público cuando se encuentre ante delitos contra la libertad sexual, que por su naturaleza exigen tener muy presentes los padecimientos de la "víctima, de tal manera que, en aras a que los delitos de agresión, acoso o abuso sexual, conserven su naturaleza semipública, es conveniente concluir que el Ministerio Fiscal podrá interponer querrela para la persecución de estos delitos independientemente de la condición de la víctima, pero dicha condición deberá ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal a fin de valorar la conveniencia o no de ejercer la acción penal.

3.4.2.2 Portugal

O Código Penal Português, em sua parte sumária, ministra que a tendência universalizante para a afirmação dos direitos humanos e o “reforço da dimensão ética do Estado imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais [...], com especial destaque para a dignidade da pessoa humana”. (PORTUGAL, 1995)

À semelhança do Direito brasileiro, o Estado em referência abandonou a inveterada concepção moralista e patrimonialista para assumir uma de outra ordem, humanitária. Nesse

⁴²“No menos desafortunada es la expresión que emplea el legislador para la actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de casos, «actuará ponderando los legítimos intereses en presencia». Y ello, en primer lugar, porque no parece claro lo que se quiere decir con esta expresión, cuando la norma penal debe ser clara, concisa y fácilmente comprensible por todos los ciudadanos a quienes va dirigida; y en segundo lugar, porque una expresión tan poco definida puede implicar múltiples interpretaciones y aplicaciones, y nevar en la práctica a que el Ministerio Fiscal pueda interponer querrela siempre que se de uno de estos delitos, independientemente de la intención de la persona agraviada” v. AYJÓN, Miguel Marcos. La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos. 1999.

contexto, os delitos sexuais deslocaram-se do capítulo referente aos “Crimes Contra os Valores e Interesses da Vida em Sociedade” para se alocarem no capítulo alcunhado “Os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual”. (PORTUGAL, 1995)

O diploma penal, ao item 17 da introdução constante do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 setembro, salienta a necessidade de cuidar-se para que se evite a construção de um sistema penal exclusivamente orientado para as exigências da luta contra o crime, que “acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas” resultantes do delito, máxime no que diz respeito às violações de natureza sexual. (PORTUGAL, 1995)

Correspondem ao crime de estupro as figuras previstas nos artigos 163 (coação sexual) e 164 (violação). Comete coação quem constrange outra pessoa à prática de atos sexuais de relevo. A jurisprudência define como atos sexuais de relevo os que, não constituindo cópula vaginal; coito anal ou oral; ou a introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos, ofendem, objetivamente, a dignidade sexual das vítimas, esteja ou não presente o intuito de satisfação da lascívia (PORTUGAL, 1995):

Ac. TRP de 13-03-2013: I – **Acto sexual é o comportamento que objectivamente assume um conteúdo ou significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito**⁴³. II - Considera-se acto sexual de relevo o comportamento pelo qual um homem adulto dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina de uma menor de doze anos, ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pénis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto. (PORTUGAL, 2013, grifamos)

A violação, por sua vez, compreende a cópula vaginal; o coito anal e oral; e a introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos (PORTUGAL, 1995). Oportuno anotar que, para ambos os delitos, a aferição tem por partida a perspectiva vitimal dos fatos. A ameaça grave, pressuposto para a incursão nas penas de sua forma qualificada, tem por base a experiência relatada pelo violado⁴⁴. A dúvida, por força da lei, efetivamente, promove favor aos ofendidos:

Ac. TRC de 25-06-2014 : 1. No crime de violação, a ameaça ou é tida como tal e é levada a sério, e é ameaça grave, ou não é levada a sério e deixa de ser ameaça. Assim que a ameaça levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave.2. **É pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade.** [grifei] (PORTUGAL, 2014)

⁴³Parece-nos que, diferentemente do que ocorre no Brasil, o delito de estupro não pressupõe a presença do elemento subjetivo especial do tipo.

⁴⁴Acreditamos que a postura afugente qualquer pretensão vitimodogmática de aplicação dos conceitos de vítima provocadora ou merecedora.

Em estudo realizado por Gabriela Maria Figueira Martinho (2012), concluiu-se que, dentre os processos afetos à criminalidade sexual, a maior parte das ações que foram à julgamento implicaram éditos condenatórios, numa proporção de 4 condenações para cada 2 absolvições. A pesquisadora atribui o resultado ao impacto da perícia psicossocial nas decisões da justiça portuguesa, que, analisando a credibilidade do depoimento vitimal em bases técnico-científicas, entrega à judicatura o subsídio empírico necessário para uma tomada de decisão objetiva.

No Direito português, diferenciam-se os crimes privados, públicos e semipúblicos. Quanto aos privados, exigem para o desenrolar da ação penal a manifestação da vontade da vítima, que se constituirá, com a devida outorga de poderes a seu procurador, como assistente de acusação. No pertinente aos delitos públicos, a exemplo do abuso sexual de crianças, o início do processo-crime independe do assentimento dos ofendidos. Por fim, os crimes semipúblicos, equiparados, no caso brasileiro, às ações públicas condicionadas à representação, dependem, para o enceto do processo, da apresentação de queixa por parte das pessoas legitimadas a manter a ação penal. (MARTINHO, 2012):

Ac. TRG de 10-07-2014.: I. Para se apresentar a queixa não são necessários especiais conhecimentos jurídicos, nem a sua validade está dependente de qualquer fórmula sacramental. Mas a lei não dispensa existência de um ato formal [...] III. Sendo o crime semipúblico, é o referido ato formal de se «dar conhecimento do facto» que está na origem do processo e desencadeia a investigação, **sem o qual esta não pode sequer começar.** (PORTUGAL, 2014, grifei)

Os tipos previstos aos artigos 163 e 164 do Código Penal, por expressa previsão do art. 178 da mesma apostila normativa, dependem de “queixa”⁴⁵ para sua tramitação, salvo se forem praticados contra pessoa menor, ou resultarem morte ou suicídio da vítima. Em todo caso, pode o Ministério Público dar início ao feito, independentemente de apresentação de queixa, no prazo de seis meses, a contar da data em que se tornou conhecida a autoria do delito, “sempre que o interesse da vítima o aconselhe”. (PORTUGAL, 1995)

Em suma, de modo símile à legislação espanhola, o Direito português tipifica o “estupro” como crime semipúblico, cuja ação correlaciona-se, na cena brasileira, com as públicas condicionadas à representação. Possibilita-se ao *parquet*, todavia, promover a persecução penal, independentemente de “queixa”, no prazo decadencial de 6 (seis) meses,

⁴⁵ O emprego do termo não guarda a significação dada pelo direito brasileiro.

contados do dia em que se veio a conhecer a autoria do delito, desde que assim recomende o melhor interesse da vítima.

3.4.2.4 Argentina

No Estado em referência, os crimes sexuais foram previstos ao Título III do *Código Penal de La Nación Argentina: "Delitos Contra La Integridad Sexual"*. É análoga ao estupro a conduta disposta no art. 119 do referido diploma, que, à guisa do que ocorre no Brasil, condensou num só tipo penal a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos da cópula vagínica. (ARGENTINA, 1984).

Comete o delito quem abusa sexualmente de pessoa, de um ou outro sexo, quando esta for menor de treze anos ou quando o ato for praticado mediante violência, ameaça, coação, intimidação, ou se aproveitando do fato de que, por qualquer motivo, não poderia a vítima livremente consentir. (ARGENTINA, 1984)

O crime é qualificado nas seguintes hipóteses: 1) caso se tenha submetido a vítima à grave ultraje; 2) quando houver acesso carnal, vulgo penetração, por qualquer via; 3) (a) quando resultar grave dano à saúde física ou mental da vítima; (b) quando houver sido cometido por ascendente, descendente, irmão, tutor, curador, ministro de algum culto ou encarregado pela guarda ou educação do prejudicado; (c) quando for o autor portador de doenças sexualmente transmissíveis e o saiba; (d) quando for cometido em concurso de pessoas, ou com o emprego de armas; (e) quando for praticado por membros das forças policiais, ou de segurança, por ocasião do exercício de suas funções; (f) quando for cometido contra menor de dezoito anos, aproveitando-se de situação de convivência preexistente. (ARGENTINA, 1984).

No Estado Argentino, conforme previsão do art. 71, existem três modalidades de ação penal: as que se iniciam de ofício, as que dependem de instância privada e as ações privadas. As primeiras aplicam-se a todos os delitos, salvo disposição legal em contrário, e pautam-se pelo princípio da legalidade/obrigatoriedade. As segundas equivalem à ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Nessa hipótese, é ainda possível que o prejudicado se habilite como assistente de acusação. As últimas são aplicáveis aos crimes de calúnia, injúria, violação de segredos, concorrência desleal e descumprimento do dever de assistência familiar entre cônjuges. (ARGENTINA, 1984)

Oportuno colacionar o teor do art. 26 do diploma processual federal (ARGENTINA, 1984):

Si el ejercicio de la acción pública dependiera de instancia privada, el Ministerio Público fiscal sólo la ejercerá una vez que la instancia haya sido formulada [...] esta circunstancia no obsta a la realización de los actos urgentes que impidan la consumación del hecho o la de los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que tales actos no afecten la protección del interés de la víctima.

Para a figura prevista no art. 119, o códex material reservou ação penal dependente de instância privada, vide art. 72, salvo quando a agressão tenha resultado a morte da vítima ou lesão corporal de natureza grave, ou, ainda, quando se tratar o ofendido de pessoa menor de dezoito anos ou incapaz. Por expressa previsão, não se formará a causa sem acusação ou denúncia do prejudicado, de seu tutor, guardador, ou representante legal. Anteriormente às alterações movidas pela Lei nº 26.738/2012, era ainda possível que as vítimas maiores de dezesseis anos fizessem acordo com o ofensor que, sendo homologado pelo juízo, desde que reputasse atendido o melhor interesse da vítima, implicaria a extinção da ação penal. (ARGENTINA, 1984)

Na lição de Maier (1995, p. 45), a ação dependente de instância privada realiza o congraçamento entre o interesse público, que é punir, e o privado, de evitar o *strepitum fori*, naqueles delitos que, em que pese atinjam maiormente a esfera de intimidade das vítimas, são suficientemente graves a cobrar o exercício do *jus puniendi*. Argumenta que nessa espécie de ação penal, “uma vez expressado o interesse privado, o interesse público se libera de suas travas e reclama a persecução do delito, conforme sua gravidade”. [tradução nossa]

3.5 A ALTERAÇÃO MOVIDA PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.718/2018

Com o advento da Lei nº 13.728/2018, o artigo 225 do Código Penal Brasileiro passou a vigorar com a seguinte redação: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”. (BRASIL, 2018)

Há, em princípio, dois posicionamentos acerca do tema, cujas argumentações analisaremos nesta seção. Ao final, os argumentos foram esquematicamente dispostos em um quadro comparativo (Quadro 1).

3.5.1 POSIÇÃO FAVORÁVEL

A corrente favorável à adoção da ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes incursos nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal alicerça-se, em princípio, em duas perspectivas: a) no punitivismo estatal; b) no princípio humanitário, pelo aspecto da proteção.

Na lição de Chakian e Bazzo (2016), era necessária uma mudança legislativa que promovesse o combate desse gênero delitivo, em razão de sua particular gravidade, como forma de se evitar a impunidade dos agressores, ocultados pela cifra negra do crime. Segundo as autoras, era desproporcional que o crime de estupro fosse o único injusto inscrito no rol de hediondos cuja punibilidade dependia da representação da vítima, e a punição, muitas vezes, era obstaculizada pelo decurso do prazo decadencial.

Chakian (2018) acrescenta que a revitimização não é inerente ao processo, mas decorre de um paradigma, constantemente renovado, que prescreve o julgamento moral e a discriminação da vítima mulher. Nesse contexto, a exigência da representação como condição de procedibilidade, consoante escreve: “fortalecia a ideia de que, ainda hoje, ser vítima de violência sexual configura vergonha, como se fossem as ações da vítima, e não as do agressor, determinantes para a prática da violência”.

Na visão de Gomes (2018), a alteração é importante para que, efetivamente, puna-se o infrator, mas, principalmente, por seus signos implícitos, em especial, por imbuir a sociedade do entendimento de que não nos foi dada a disposição do corpo alheio, e incutir no agressor a noção de que seus atos são injustos e devem ser punidos.

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 legal 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.

Por sua vez, Costa (BRASIL, 2018) relevou que a inovação legislativa marca o reconhecimento pelo parlamento brasileiro de que a apuração dos crimes sexuais interessa a toda a sociedade, não somente à vítima. Em suas palavras, o receio de eventual escândalo do processo “não é motivo bastante para evitar a persecução criminal de crimes tão bárbaros”. Segundo Costa, as posições em contrário partem de uma “visão privatista do processo penal, de

uma suposta proteção da vítima, que, em verdade, oculta a relevante cifra de impunidade dos crimes sexuais”.

3.5.2 POSIÇÃO CONTRÁRIA

A corrente contrária à adoção da ação penal pública incondicionada para o trato dos crimes incursos nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal alicerça-se, em princípio, em duas perspectivas: a) no princípio humanitário, pelo aspecto da autodeterminação; b) no princípio humanitário, pelo aspecto da proteção.

De acordo com Diniz (2018), a questão põe em confronto a supremacia do interesse punitivo do Estado e a intimidade das vítimas, que, segundo argumenta, deveriam poder escolher pela conveniência, ou não, da persecução penal. Saliencia ser inerente ao processo que a vítima dos crimes de natureza sexual reste abandonada e estigmatizada. Para Diniz, a opção legislativa foi perseguir o infrator em detrimento da proteção das vítimas, impondo-lhes um sofrimento “que pode ser, em dados casos, literalmente insuportável”.

Na Lição de Cunha (2018, p. 16) não poderia o Estado retirar das vítimas sua capacidade de iniciativa, colocando interesses punitivos acima das necessidades vitimais. Argumenta que a ação penal deveria permanecer condicionada à representação dos ofendidos quando se tratar de pessoas maiores e capazes, cabendo-lhes a escolha de evitar o *strepitus judicii*. No seu entender, “igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso”.

Gilaberte Freitas (2018) articula que a legislação atendeu a protestos punitivistas que, no afã de apenar, esqueceram-se dos ofendidos e do direito à autopreservação que lhes é devido. Acrescenta que a mensagem passada pela nova disciplina é de que ao Estado somente vale punir, “pouco importando o bem-estar da vítima, caindo as máscaras da fingida preocupação”. Em sua intelecção, a mudança é consecutória de um “Direito Penal estudado e manejado sem o apoio da criminologia, mais especificamente da vitimologia”.

Na visão de Lopes Júnior, Rosa, Bambilla e Gehlen (2018), a alteração legislativa cuidou de desproteger os ofendidos e, principalmente, decotar sua capacidade de escolha, desconsiderando as necessidades vitimais. Argumentam que a legislação declarou público o corpo da vítima.

[...] 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. [...] 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 a privacidade, além da liberdade sexual.

No quadro a seguir é fornecida uma comparação entre as duas posições discutidas no capítulo.

Quadro 1 – corrente favorável à adoção da ação penal pública incondicionada *versus* corrente contrária à adoção da ação penal pública incondicionada

POSIÇÃO FAVORÁVEL	POSIÇÃO CONTRÁRIA
F.1) Proteção: a alteração retira o protagonismo da vítima, o que é bom porque não mais lhe exige o ônus e a iniciativa de buscar a atuação das instâncias de controle. (GOMES, 2018)	C.1) Autodeterminação: a alteração retira o protagonismo da vítima, o que é ruim na medida em que recolhe do verdadeiro titular do conflito o poder de sobre ele dispor e de avaliar a conveniência da persecução do crime. (DINIZ, 2018; CUNHA, 2018; LOPES JR; ROSA; BAMBILLA; GEHLEN, 2018)
F.2) Proteção: a alteração considera que os delitos sexuais ofendem não só as vítimas, mas também a coletividade, sua intenção é diminuir a impunidade para melhor prevenir a ocorrência de delitos dessa natureza e evitar que o desvio se torne norma. (CHAKIAN; BAZZO 2016; GOMES, 2018; BRASIL, 2018)	C.2) Autodeterminação e proteção: a alteração desconsidera que os delitos sexuais ofendem de forma mais grave a esfera individual das vítimas, de modo que o poder público não pode retirar-lhes o direito de autopreservação. (DINIZ, 2018; CUNHA, 2018; GILABERTE FREITAS, 2018; LOPES JR; ROSA; BAMBILLA; GEHLEN, 2018)
F.3) Punição: importante preparar os profissionais do sistema de justiça para lidar com a criminalidade sexual, mediante a instrumentalização de políticas adequadas, o que não justifica deixar-se de perseguir o delito. (CHAKIAN, 2018)	C.3) Proteção: o processo é o algoz da vítima, e produz sua revitimização. Os profissionais de polícia e judicatura não são preparados para atender às demandas vitimais. (DINIZ, 2018; LOPES JR, 2018)
F.4) Punição e proteção: a intenção do legislador foi diminuir a substantiva cifra negra do crime sexual, que denuncia a proteção deficiente da vítima. (CHAKIAN; BAZZO, 2016; BRASIL, 2018)	C.4) Punição e proteção: a alteração não garante a punição do infrator, tampouco a eficiente proteção da vítima, que, no processo, é tratada como mero objeto de prova. (DINIZ, 2018)

Fonte: elaborado pelo autor.

3.6 DISCUSSÃO

Apresentadas as nuances do tema e o conteúdo que o cerca, promoveremos nesta seção a análise crítica, embora sucinta, do objeto de pesquisa, à luz da matéria abordada ao longo dos capítulos 1, 2 e 3, transitando entre os argumentos da posição favorável à alteração, representados por “F1, F2, F3, F4”, e os da posição contrária à alteração, representados por “C1, C2, C3, C4”.

Subdividimos a seção de forma elucidativa. Inicialmente, serão abordadas a produção de provas, a vitimização, o preceito da lesividade e a sua implicação ao tema. Por fim, serão

brevemente discutidos aspectos pragmáticos acerca da adoção de um ou outro modelo de ação penal.

3.6.1 UMA QUESTÃO DE PROVA?

De modo genérico, o direito penal, em seu caráter fragmentário e subsidiário, é a última instância do controle social. Também enuncia seu caráter subsidiário que deve ocupar-se exclusivamente da proteção dos bens jurídicos, aliás, da reafirmação dos valores sociais já tutelados⁴⁶ pela norma. Para o alcance desse desiderato, a norma penal consigna-se num preceito primário e noutro secundário. O primeiro cuida da seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela, enquanto o derradeiro estabelece a punição, e a medida da punição, aplicável caso se violem os referidos valores. Sumarizando: O direito penal ocupa-se de punir os fatos da vida que subsumam na norma incriminadora.

Por sua vez, o processo é o instrumento de efetivação da tutela penal material, que a orienta nos limites da Constituição e permite que a apuração do fato penal seja realizada de modo padronizado, objetivo, previamente delimitado, respeitando-se o contraditório, regulando-se a produção de provas, fundamentando-se as decisões e possibilitando-se insurgir contra elas.

Se o “fim último” do direito penal é a sanção do desvio, o “fim primeiro” do processo é garantir que seja embasada no Direito (legalidade estrita) e na apreciação dos elementos de prova. Tais verificações implicam a observância dos preceitos apresentados por Ferrajoli como axiomas do SG, de que já tratamos. Quando lidos integradamente, constituem verdadeiros silogismos jurídicos: não há pena sem crime; não há crime sei lei; não há lei sem necessidade; não há necessidade sem lesão; não há lesão sem ação; não há ação sem culpa; não há culpa sem julgamento; não há julgamento sem acusação; não há acusação sem prova; não há prova sem defesa.

No campo dos crimes sexuais, o que, em princípio, era uma garantia à dignidade humana, tornou-se um desafio, sobretudo porque, como alinhavado, a violação costuma ocorrer às ocultas, e a instrução judicial, não raro, é feita sobre os relatos do autor e da vítima⁴⁷.

⁴⁶ Princípio da taxatividade.

⁴⁷“Regra geral, o conjunto probatório nos processos de estupro é extremamente frágil, limitando-se à prova pericial e testemunhal ou esgotando-se, muitas vezes, no depoimento da vítima. Isto é facilmente compreensível pelas circunstâncias em que ocorrem. São crimes geralmente praticados em lugares ermos ou na intimidade dos lares, distante do público e de testemunhas, sendo as partes envolvidas, muitas vezes, as únicas presentes”. v. ANDRADE, 2010, p. 92.

Se é dificultoso provar-se o tipo objetivo, ou seja, responder-se às seguintes indagações: “praticou-se um ato libidinoso?”, “foi praticado mediante violência ou grave ameaça?”, o que se dirá da prova do tipo subjetivo: “havia intenção de satisfazer a lascívia?” “houve dissenso?”, “conhecia ou deveria conhecer o autor do dissenso da vítima?”.

A prova, positiva ou negativa, do consenso, no nosso entender, somente pode ser esconjurada daquele que detivera o poder de externalizá-lo. É dizer, o consenso pressupõe, inexoravelmente, uma relação entre ao menos dois indivíduos em que há convergência de vontades. Cabe unicamente à vítima indicar se sua vontade, factualmente, convergira à do vitimário, ou estar-se-ia a dizer que seu corpo é público salvo disposição em contrário.

Todavia, ao fim de manter as assepsias científicas, como foi apresentado, há quem entenda que o dissenso, para a caracterização do delito, deve ser expresso, de modo que seria plenamente viável aferir-se o consenso por meio dos elementos objetivos de informação, ou do relato das circunstâncias objetivas do fato.

Certo é que a instrução judicial nas hipóteses vertentes é conflituosa, e são tão frágeis os elementos de prova que, advertidamente, inverte-se a lógica da não culpabilidade e assume-se, no caso de dúvida, o favor do ofendido⁴⁸. Não fosse assim, far-se-iam impuníveis os delitos desse tipo.

Não obstante, em que pese haja sido conferido maior valor probatório à palavra da vítima, a medida é insuficiente a superar o paradigma da impunidade que paira a criminalidade sexual⁴⁹, enunciado por F2 e F4. Partindo-se de uma premissa verdadeira (pune-se pouco), vai-se ao encontro de uma conclusão não tão verdadeira, no sentido de que a criminalização de novas condutas, a exasperação das penas e o aumento do poder punitivo do Estado seriam soluções adequadas.

⁴⁸ “[...]nos crimes sexuais, a palavra da vítima e o laudo de exame de conjunção carnal assumem especial relevância, o que, aliás, parece unanimidade em matéria judicial (além de doutrinária e jurisprudencial)”. v. ANDRADE, 2010, p. 92.

⁴⁹ “Isto nos conduz ao problema, tão caro ao feminismo, da impunidade: é que ser considerada vítima, nos labirintos da honestidade, não implica diretamente em punibilidade do autor. O SJC, que promete proteger as vítimas de crimes sexuais, absolve, ao que tudo indica, com muito maior frequência do que condena. A regra, na conduta de estupro – seguindo a lógica do sistema – é a impunidade, e a condenação em casos limites, permanecendo, contudo, aquém da imunidade, pois, seguindo também a lógica de funcionamento do sistema, subsiste uma enorme cifra oculta da violência sexual”. v. ANDRADE, 2010, p. 95.

Isso porque entender assim é desconsiderar que a impunidade ladeia a imunidade⁵⁰ e, nesse pálio, a criminalização primária não realiza as vazias promessas de punição⁵¹ propagandeadas pelo sistema formal de justiça, seja em face das dificuldades probatórias, por nós aqui denunciadas, seja no arrostar da seletividade que lhe é própria: a despeito de conhecer dos fatos e reconhecer o direito, constrói-os a partir da mundividência do julgador⁵² e suas estereotípias.

Nesse particular, para que não quedemos ao plano da abstração, podemos demonstrar em números que a certeza da persecução penal nos delitos sexuais não equivale à certeza da punição.

Daniella Georges Coulouris (2004), ao analisar 53 (cinquenta e três) ações penais referentes à apuração da delinquência sexual, no período compreendido entre o ano 1995 e o ano 2000, observou que 44 (quarenta e quatro) denúncias haviam sido consideradas inconsistentes, fracas ou falsas, o que corresponde a 81 (oitenta e um) por cento do total de acusações movidas. Nos casos em que a vitimada conhecia o vitimário, 17 (dezesete) dos inquéritos foram arquivados, 6 (seis) das ações levaram à absolvição, 3 (três) foram extintas, e somente 2 (duas) conduziram à condenação. Nas hipóteses em que a vítima desconhecia o vitimário, 1 (um) dos inquéritos foi arquivado, 10 (dez) das ações levaram à absolvição, 1 (uma) operou a desclassificação da conduta, e apenas 3 (três) conduziram à condenação. No total, houve 20 (vinte) arquivamentos, 23 (vinte e três) absolvições, 4 (quatro) extinções, 1 (uma) desclassificação, e somente 5 (cinco) condenações.

Kennyia Regina Mesquita Passos (2017), ao analisar o fluxo de processos criminais em curso na comarca de São Luís/MA, entre os anos de 2010 e 2015, observou que a maior parte dos processos e procedimentos ainda estavam em curso, numa média de duração de 4 (quatro) anos. Verificou, também, que, desconsiderados os ainda em curso e os que não puderam ser acessados em razão do segredo de justiça, houve um total de 95 processos e procedimentos baixados, dos quais 68 (sessenta e oito) conduziram à absolvição, ao arquivamento por falta de

⁵⁰“Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes”. v. BARATTA, 1996, p. 76.

⁵¹“O tratamento que o sistema de justiça criminal confere à violência sexual, particularmente ao estupro, pode ser formulado na promessa de punir [...] em definitivo, não há esta punição, e na forma de impunidade imunidade reafirma-se o continuum e a solidariedade masculina destes controles.”. v. ANDRADE, 2010, p. 99.

⁵²“Ora, nisto o SJC replica a lógica e a função real de todo mecanismo de controle social que se, em nível micro, implica ser um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária, entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro, implica ser um exercício de poder (de homens e mulheres); reprodutor de estruturas, instituições, simbolismos e o SJC ocupa um importantíssimo lugar na manutenção do status quo social.” v. ANDRADE, 2010, p. 83.

provas, ou à extinção da punibilidade, o que corresponde a 72 (setenta e dois) por cento do número total analisado.

Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri (2018, p. 837) denunciam semelhante resultado, a partir da análise de 63 (sessenta e três) sentenças proferidas no estado de São Paulo. Segundo colheram, 80 (oitenta) por cento dos casos em que a vítima e o réu haviam mantido um relacionamento anterior culminaram em absolvição. Nas hipóteses em que o acusado era um familiar, o número de absolvições foi de 60 (sessenta) por cento.

Diante do apresentado, desestruturam-se os argumentos F.2 e F.4, ao passo que o argumento C. 4 é reforçado. Em resumo, acreditamos que a possibilidade de iniciar-se o processo penal não resulta necessariamente em condenação; a uma porque as deficiências metodológicas do processo inviabilizam, muitas vezes, uma instrução judicial idônea; a duas porque, no geral, o julgador ainda é pautado por estereótipos discriminatórios. De um lado, a posição favorável, com acerto, reconhece um problema de necessário enfrentamento pela política criminal, a saber, a impunidade no campo dos delitos vertentes, por outro lado, inobserva que as soluções propostas pela legislação não são consentâneas à superação desse específico problema, já que, em termos práticos, a tendência é que não diminuam a impunidade de forma expressiva.

3.6.2 UMA QUESTÃO SUPRAPENAL?

Acima do poder-dever de punir, existe outra tutela, de envergadura supraconstitucional, a ser observada pela dogmática, a saber, a efetivação do princípio humanitário na relação do Estado com o indivíduo, balizada, como sobredito, pelos vetores da proteção e da autodeterminação.

No que toca à vitimologia, a dignidade irrealiza-se quando se operacionalizam os fenômenos de vitimização, em todos os seus graus. Particularmente na esfera da delinquência sexual, em razão de cercear a liberdade e a dignidade das vítimas, o dano direto e indireto, material e imaterial, físico e psicológico a que são submetidas é aterrador⁵³.

⁵³ “*Los delitos sexuales son peculiarmente victimizantes, ya que dejan serias secuelas psicológicas y sociales, producen importantes cambios de personalidad, de conducta y de vida, y provocan una notable sobrevictimización*”. v. MANZANERA, 2002.

Em nível raso, consoante esclarece a pesquisadora Pat Mayhew (apud BERISTAIN, 2000, p. 103), os efeitos psicológicos gestados pela prática delitiva, ainda que se arvoreem em números absolutos, num aspecto qualitativo, tendem a ser brandos.

É diverso o que ocorre na seara dos crimes vertentes. Segundo o relatório da pesquisa realizada por Amanat, referenciada em Antônio Beristain (2000), a violação sexual gerou desespero em 86 (oitenta e seis) por cento das pacientes observadas; 76 (setenta e seis) por cento experimentaram lembranças de outros sucessos traumáticos; 86 (oitenta e seis) por cento vivenciaram momentos de ansiedade, medo, sensação de abandono, de humilhação, depressão, raiva e sensação de culpa; 43 (quarenta e três) por cento sofreram sintomas físicos, como espasmos e náuseas; 68 (sessenta e oito) por cento sentiram perturbações do sono; 72 (setenta e dois) por cento experienciaram bloqueios do pensamento; 72 (setenta e dois) por cento encontraram dificuldade de concentração; 78 (setenta e oito) por cento assumiram ideias hipocondríacas; 78 (setenta e oito) por cento enfrentaram problemas sexuais.

Somam-se-lhes problemas como a infecção por doenças venéreas e a gravidez indesejada, que não serão pormenorizados, em respeito à delineação temática e por não terem sido objeto dos capítulos precedentes.

No relativo à vitimização secundária, reverbera com maior densidade sonora no gradil da delinquência sexual⁵⁴. É que, conforme argumentação antes expendida, a estereotipia da vítima e do vitimário, as reperguntas, a postura dos agentes incursos nas instâncias de controle, e a provação processual expõem a intimidade dos agredidos⁵⁵, o que, muitas vezes, faz recrescer-lhes os sentimentos de culpa, fragilidade, ansiedade e depressão.

Este é o cenário: o juiz, na busca da verdade, ainda que com a melhor das intenções⁵⁶ — nem sempre é o caso —, pergunta à vítima sobre fatos recônditos e sensíveis. A essa altura, em regra, esses fatos já foram respondidos na fase policial e perante o representante do *parquet*. A audiência é tomada, salvo disposição expressa em contrário, a juízo do magistrado⁵⁷, na presença do vitimário. Recusando-se a comparecer, é possível determinar-se a condução

⁵⁴“Especialmente em alguns delitos, como os sexuais. Não é raro que nessas infrações o sujeito passivo sofra repetidos vexames, pois à agressão do delinquente se vincula a postergação e/ou estigmatização por parte da polícia, dos médicos forenses e do sistema judiciário”. v. BERISTAIN, 2000, p. 109.

⁵⁵“Nesses crimes é comum a resistência da vítima em recorrer às instâncias formais de justiça por não desejarem reviver a experiência traumática, ou para não ser estigmatizada pelos órgãos competentes a promover a persecução penal, tendo de deparar-se, por exemplo, com teses defensivas do consentimento da vítima, reencontrar o ofensor, interrogatórios vexativos”. v. VIANA, 2018, p. 166.

⁵⁶ *Nulla accusatio sine probatione*.

⁵⁷“Art. 217 - Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”. v. BRASIL, 1941.

coercitiva da vítima, como já comentado. Caso compareça sem, contudo, responder aos questionamentos que lhe forem dirigidos, atribui-se-lhe, ao menos em tese, a prática do crime de desobediência. Não se tratando de pessoa de pessoa menor de 18 (dezoito) anos⁵⁸, o depoimento é tomado em sala de audiências, perante o Juízo, sem o acompanhamento de psicólogos, ou qualquer outra cautela. Motivado a bem exercer o contraditório⁵⁹, o advogado de defesa lança sobre ela sua ira artificial, questionando-lhe a dignidade, o decoro, o passado, e a credibilidade de sua narrativa.

Muito embora não neguemos que o dano secundário tem seu fundo cultural, referida relação causal não esgota a explicação dessa fenomenologia. É interessante lembrar que, por si só, a violação da dignidade sexual produz efeitos primários como ansiedade e depressão. A vitimização secundária é desdobramento da exposição dessas dores, não originada das estruturas sociais de poder, embora acarretem sua potenciação. É tão inerente ao ser humano que responda aos estímulos do meio e aos traumas que lhe impinge como é próprio do processo garantista a exposição desses traumas, em busca da verdade. Nesse ponto, reconhecemos os argumentos C.3, C.4, e, parcialmente, o argumento F.3.

A posição favorável tem o mérito de anunciar a necessidade de capacitação dos profissionais de polícia e judicatura. Desconsidera, contudo, que o dano secundário é pressuposto do processo, somente podendo ser lenificado.

Reputamos necessário que, antes de alterar-se o modelo de ação penal, provenha-se às vítimas um ambiente processual adequado, conduzido por equipes multidisciplinares e com formação específica para tratar das necessidades vitimais. Por outro lado, nesse cenário hipotético, a alteração normativa tornar-se-ia desnecessária, uma vez que, como observamos, a cifra negra do delito sexual é ocasionada, no primeiro plano, pelo receio das vítimas de sofrer, defrontando a burocracia processual, novas vitimizações.

Deixamos de abordar o dano terciário para evitar repetições.

⁵⁸ Aos menores de dezoito anos e, excepcionalmente, aos menores de 21, é aplicada a disciplina da lei 13.431/17, que regula o depoimento especial, ou não agressivo.

⁵⁹ *Nulla probatio sine defensione*.

3.6.3 UMA QUESTÃO DE TIPICIDADE?

Sem alijar outras concepções possíveis,⁶⁰ entende-se majoritariamente no Brasil que o crime é o fato típico, antijurídico e culpável (conceito analítico tripartido).

Quanto ao plano da tipicidade (elemento do fato típico), será formalmente típica a ação que reunir as elementares consignadas no preceito primário da norma incriminadora⁶¹. Numa perspectiva conglobante, conforme idealização de Zarafoni, necessário que seja também a ação materialmente típica, o que, no nível raso, significa dizer que ofende, ou tem potencial para ofender, o bem jurídico tutelado pela norma, sob dois aspectos, jurídico e social.

Referida construção remete-nos ao quarto axioma do SG, segundo o qual não há crime sem lesão. Enquadram-se nessa lousa, os conceitos de lesividade, alteridade e insignificância. Não havendo lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, ou sendo a lesão, se houver, insignificante, não há falar em tipicidade da conduta⁶².

Como antes falado, o delito sexual é de destacada gravidade por atingir diretamente a liberdade e a dignidade das vítimas. Lado outro, a ofensa é operada no nível íntimo e individual. Nesse sentido, não há contradição em dizer que haverá sempre uma lesão à norma, mas, no mundo dos fatos, nem sempre referida lesão, da perspectiva vitimal, terá ofensividade suficiente a reclamar a persecução do crime⁶³. Isso porque, mesmo no caso de estupro, cada violação é operada de um modo distinto, às vezes mais violenta, às vezes menos violenta, às vezes mais degradante, às vezes menos degradante, e tais informações só são obtidas a partir da vítima⁶⁴, que, por essa razão, determinará a intensidade da lesão. Deve-se acautelar, contudo, que não estamos defendendo a atipia da conduta, a juízo do pretório, quando entender que não houve suficiente violação, mas a liberdade das vítimas de decidir se a violação é bastante para encorajá-las a buscar o sistema formal de justiça, com todas as vicissitudes já nomeadas.

⁶⁰ Dentre elas, podemos destacar o conceito definitorial de delito, segundo a teoria do labeling approach. v. QUEIROZ, 2006, p. 146.

⁶¹ “Dir-se-á típica uma conduta que se ajuste à descrição prevista numa norma penal incriminadora” QUEIROZ, 2006, p. 150.

⁶² “É preciso ir além do convencional automatismo judicial, que, alheio à realidade e à intensidade da lesão se perde e se desacredita” v. QUEIROZ, 2006, p. 151

⁶³ “Se puede demostrar que, en los casos en que no hay violencia ni comparecencia ante los tribunales, las secuelas psicológicas que dejan los hechos son escasas. De aquí la importancia de tener un extremo cuidado en el procedimiento judicial” v. MANZANERA, 2002.

⁶⁴ “Cuando se habla de victimización sexual, inmediatamente vien a nuestra mente la imagen de la violación: la víctima que es salvajemente agredida por una pandilla de malhechores, que la golpean, sevician y abusan sexualmente de ella. Sin embargo, la victimización sexual es mucho más variada que esto, toma múltiples formas.” v. MANZANERA, 2002.

Resta possível, ainda, com o novo modelo, que práticas sexuais consentidas sejam levadas à apreciação da justiça por moção de terceiros, e sob razões escusas, submetendo a vida privada dos envolvidos à auscultação estatal. Nesse caso, são violadas as garantias do investigado e da não-vítima.

Diante da argumentação expendida, são acolhidos os argumentos C.1 e C.2 e afastado o argumento F.1. A vítima é titular do conflito penal, e, por se operar na esfera íntima, acreditamos que somente ela pode aferir se houve lesão, a intensidade da lesão, bem como analisar se as lesões geradas pelo processo de revitimização não a sobrepõem. Caso contrário, submete-se a liberdade sexual das vítimas, de dizer e saber o que lhes ofende e o que não lhes ofende, o que lhes viola e o que não lhes viola, à heteronomia imposta pelo Estado.

3.6.4 UMA QUESTÃO DE NECESSIDADE?

O terceiro axioma do SG orienta à economia penal e à economia processual penal, com base no princípio da necessidade. Faz-se o seguinte questionário: “por que punir?”, “quando e como punir?”, “por que julgar?”, quando e como julgar?”⁶⁵.

O Estado, como portador de deveres, e não de direitos, tem por função observar a realidade empírica para extrair da sociedade, e do indivíduo, suas orientações funcionais, sempre direcionadas à efetivação da dignidade humana. No que se refere às ações penais públicas condicionadas, o interesse processual em punir está, sempre, alinhado ao interesse da vítima, e, de conseguinte, favorece a realização de sua dignidade humana, tanto pelo aspecto da liberdade como da proteção.⁶⁶

Além disso, podemos especular que se a vítima não tem interesse em depor, ou em perseguir o delito, e seus relatos são elementos primaciais de prova, o início da ação penal ofende ao princípio da economia processual, já que, estatisticamente, é provável que se caminhe à absolvição. Igual ocorreria na hipótese de a prática haver sido consentida.

Nesse aspecto, achamos que, seja de uma perspectiva garantista, seja de uma perspectiva vitimológica, iniciar a persecução do delito ao arrepio das necessidades da vítima

⁶⁵“Num Estado de Direito, o direito penal torna explícitas suas condições substanciais de justificação, subministrando muitas respostas desde dentro — geralmente por meio de normas constitucionais — às perguntas acerca do “quando” e do “como” das proibições, das penas e dos processos”. v. FERRAJOLI, 2014, p. 334.

⁶⁶ “No primeiro caso, incorporam-se limites na forma de proibições ou condições impostas ao quando e ao como do exercício do poder de punir. No segundo caso, ao contrário, ficam incorporadas potestades discricionárias na tutela dos valores”. v. *Ibid.*, p. 335.

ofende a economia penal e processual penal, prejudicando-se, nesse ponto, os argumentos F1, F2, F3, F4.

3.6.5 UMA QUESTÃO PRAGMÁTICA?

Diante do que foi colhido, imaginemos algumas situações hipotéticas que se tornam viáveis a partir da disciplina trazida pela nova legislação: a) o indivíduo “X” foi sexualmente vitimado, mas, por razões de foro íntimo, escolheu calar a verdade; b) o indivíduo “X” foi sexualmente vitimado e deseja perseguir criminalmente o vitimador; c) o indivíduo “X” não sofreu a violação imputada ao indivíduo “Y” em determinada ação penal, mas, por razões escusas, almeja o seguimento do feito; d) o indivíduo “X” não sofreu a violação imputada ao indivíduo “Y” e nunca teve interesse em mover ação penal alguma em seu desfavor.

Na primeira hipótese, calando a vítima a verdade, acreditamos que os elementos de prova angariados seriam insuficientes a demonstrar a ocorrência de um fato penalmente relevante, de modo que se conduziria, muito possivelmente, à absolvição, não se tendo dissolvido, na situação hipotética, a impunidade do ilícito. Por sua vez, conforme antes argumentado, o dano secundário, pois inerente ao processo, seria certo.

Na hipótese “b”, diante das deficiências cognitivas do processo penal, algures mencionadas, achamos que, mesmo com a supervalorização do depoimento da vítima, não se garantiria a condenação. Por outro lado, o dano secundário, mais uma vez, seria certo.

Na hipótese “c”, em princípio, não há vitimização primária, mas acreditamos que o imputado e a delatora seriam submetidos aos danos secundários do processo, não diferente do que já ocorria sob as disposições da legislação revogada.

Na última hipótese, igualmente, não há vitimização primária, entretanto, entendemos que o imputado e a suposta vítima seriam submetidos aos danos secundários do processo, teriam suas vidas expostas, e não é de se duvidar que se atribuisse à pretensa vítima, que foi compelida a compor a dinâmica processual a despeito de sua vontade, a pecha de falsa acusadora, de uma acusação que nunca fez (dano terciário).

Ao avaliar esses quatro cenários, entendemos ser o segundo o que mais atende aos preceitos da liberdade e da proteção, uma vez que, embora não se possa garantir às vítimas a condenação do vitimário, ao menos se permitirá que elas exerçam livremente as suas vontades, de modo que os interesses do Estado estarão alinhados aos interesses do ofendido.

De um aspecto prático, acreditamos que as opções sufragadas pelos Estados da Espanha, Portugal ou Argentina seriam mais adequadas soluções a realizar efetiva proteção sem

desconsiderar a liberdade e o direito de autopreservação inerentes às vítimas; no primeiro e segundo casos porque a adoção do princípio da discricionariedade para o oferecimento da denúncia e a exigência de observar-se o interesse do prejudicado permite entendê-lo como sujeito de direitos no processo penal; no último cenário porque somente se autoriza a intervenção do *parquet* independente do interesse vitimal quando o ofendido tenha falecido ou se a prática do delito resultar lesão corporal grave.

Doutra parte, também por um critério pragmático, compreendemos que os fundamentos apresentados por Fernanda Maria Alves Gomes para ratificar a alteração legislativa são um ponto forte a considerar, por seu potencial de clarificar os limites da norma e imprimir nos infratores a percepção de que suas ações trar-lhes-ão consequências, e de que a sociedade e o Direito estão atentos à violência sexual, e as vítimas não estão legadas à própria sorte. Contudo, creditamos que a alteração foi açodada, e teria melhor colocação se, de modo estrutural, o sistema de justiça brasileiro estivesse desenhado de forma a minimizar os fenômenos de revitimação, o que perpassa não só alterações legislativas, como também a conscientização dos operadores do Direito, Juízes, Delegados, Advogados, Promotores.

CONCLUSÕES

O trabalho objetivou analisar as mudanças promovidas pelo art. 1º da Lei nº 13.718/2018, que culminaram na definição de ação penal pública incondicionada à representação para o processamento dos delitos contra a liberdade sexual, o que se fez a partir dos conceitos defendidos pelo paradigma vitimológico contemporâneo, no que se refere à realização do princípio da dignidade humana em favor das vítimas.

No primeiro capítulo, foi investigado o diálogo estabelecido entre a ordem constitucional e a processual penal; sob o enfoque do princípio humanitário; foi apresentada a importância de observar-se a dignidade como paradigma constitucional, para realizar no processo a vontade constituinte (devido processo legal material). Salientou-se ainda que, na esfera criminal, por projetar maior contração de direitos, o acatamento ao princípio humanitário é mais sensível. Verificou-se que o referido princípio, para que seja efetivado, cinge-se em dois vetores: autodeterminação e proteção. Por fim, arrematou-se que o devido processo legal é aquele que os realiza de modo ótimo em favor dos envolvidos, sejam imputados ou vítimas.

No segundo capítulo, foi apresentado o paradigma vitimológico contemporâneo, a partir do desenrolar da vitimologia ao longo da história; foi explicitada a fase marcada como idade de ouro da vítima. Concluiu-se que naquele período prevalecia o paradigma da vingança privada, segundo o qual caberia ao ofendido, titular do conflito penal, o direito de punir. Foi também retratado o segundo período histórico do trato vitimal, que ficou conhecido como fase de neutralidade ou neutralização. Observou-se que, naquele contexto, os ofendidos pela criminalidade foram lançados à desimportância, uma vez que o Estado roubou-lhes o conflito penal, de modo que a vítima havia perdido a qualidade de sujeito de direitos no processo para figurar como mero objeto de prova. Foi apresentado o período entendido como redescobrimto da vítima, separado em duas fases: a primeira correspondente ao redescobrimto da vítima propriamente dito, ou *stricto sensu*, que se inicia com as obras de Mendelsohn e Henting nas décadas de 1940-1950 e encerra-se ao final de 1985; a segunda identificada como o paradigma vitimológico contemporâneo, pautada pelo protagonismo e preservação das vítimas sob o enfoque da dignidade humana. Ademais, apresentou-se, como importante contribuição do estudo vitimal, os conceitos de dano primário, secundário e terciário e suas aplicações; foi arrematado que o sofrimento suportado pelas vítimas não se esgota nas consequências diretas e indiretas do crime, pois é reforçado nas instâncias formais e informais de controle, notadamente na esfera da delinquência sexual.

No último capítulo, foram abordados aspectos gerais acerca das vítimas da delinquência sexual, debatendo-se a possibilidade de aplicação de conceitos vitimodogmáticos nessa seara delitiva. Descreveu-se as espécies de ação penal pública incidentes em nosso direito para averiguar quais delas possibilitam maior efetivação da dignidade aos ofendidos; explorou-se os modelos adotados pelos Estados da Espanha, Portugal e Argentina. Foi apresentada a alteração promovida pelo art. 1º da Lei 13.718/2018, que tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual; foram expostos os argumentos contrários e favoráveis à alteração; bem como promovida a análise crítica do tema, a partir dos argumentos apresentados pelas posições contrária e favorável à reforma legislativa em exame.

Concluiu-se, conforme o terceiro capítulo, que embora ambas as posições tencionem assegurar a dignidade das vítimas de delinquência sexual, seja na busca da punição e prevenção do delito, seja ao garantir-lhes o poder de escolha e autopreservação, a alteração encartada pela Lei nº 13.718/18 desconsidera que, no momento, as deficiências estruturais arrostadas pelo sistema formal de justiça não permitem a garantia da efetiva punição dos vitimários, ao passo que submetem os ofendidos aos fenômenos de revitimização. É dizer, reputou-se que a reforma legislativa em questão não atende ao paradigma vitimológico contemporâneo, pois deixa de garantir proteção às vítimas e retira-lhes o direito de optar pela perseguição, ou não, do ofensor, dadas as vicissitudes do processo penal (autodeterminação).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s.l.], v. 8, n. 2, p.826-854, 26 set. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5291>. Acesso em: 16 nov. 2019.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. *Direito Público*, [S.l.], v. 4, n. 17, jan. 2010.. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300/766>. Acesso em: 16 nov. 2019.

AQUINO, Leandro Salerno Leyser de. **A evolução histórica da Vitimologia**: 2013. Disponível em: <http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/vitimologia>. Acesso em 14 de nov. 2019.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, abr. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45034>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

AYJÓN, Miguel Marcos. **La legitimación para la interposición de la denuncia en los nuevos delitos semipúblicos**. 1999. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/La-legitimaci%C3%B3n-para-la-interposici%C3%B3n-de-la-en-los-Ayj%C3%B3n/79059450c287573844f2ec5f8d7d77bbd705dc13>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. **Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010.

BAYON, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Isonomía**. México, n. 13, p. 87-117, oct. 2000. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000200087&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 12 nov. 2019.

BEKE, Rebecca. El metadiscursio interpersonal en artículos de investigación. *Rev. signos*, Valparaíso , v. 38, n. 57, p. 7-18, 2005 . Disponível em:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09342005000100001&lng=es&nrm=iso. Acesso em 24 nov. 2019.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 194 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição favorável. 2017. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876>. Acesso em: 10 out. 2019.

BITENCOURT, Luciane Potter. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar**. 2007. 42 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

BOUZON, Emanuel. Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme. **Revista Justiça e História**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 22-38, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. **Decreto-lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**: Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 18. set. 2019.

_____. **Decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Forum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://www.iff.fiocruz.br/pdf/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343**. Relator: Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. **Dje**. Brasília, 05 jun. 2009

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

CARVALHO, Salo de. **Anti-Manual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COULOURIS, Daniella Georges. **A construção da verdade nos casos de estupro**. 2004. 10 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2004. Disponível em: https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/6.2%20construcaodaverdade_daniellacoulouris.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. **RJLB**, Porto, v. 3, n. 3, p.345-376, maio 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018**. Salvador: Vorne, 2018

CHEMERINSKY, Erwin. Substantive due process. **Touro Law Review**, v. 15, p. 1501-1534. 1999. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1638&context=faculty_scholarship. Acesso em: 17 mar. 2019.

DICIONÁRIO ONLINE CALDAS AULETE. **Prólogo**. São Paulo: Lexicon, 2019. p. 1-1. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/pr%C3%B3logo>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DICIONÁRIO PRIBERAM DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Prólogo**. São Paulo: Lello, 2019. p. 1-1. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/sobre.aspx>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, [S.l.], v. 4, n. 4, p. 144-158, out. 2018. ISSN 2674-7251. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/596>. Acesso em: 24 nov. 2019.

DINIZ, Gustavo Junqueira. Crimes Sexuais: Aspectos Atuais. 2018. **Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/crimes-sexuais---aspectos-atuais/18297>. Acesso em: 10 out. 2019.

ESPANHA. **Código Penal y Legislación Complementaria nº 10, de 23 de novembro de 1995**. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria. Acesso em: 05 nov. 2019.

FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

FELÍCIO, Carlos Eduardo. **Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública**. [s.l.]: Clube de Autores. 2016. 104 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], n. 64, p.379-411, 23 dez. 2014. Revista da Faculdade de Direito da UFMG.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, João Carlos Antunes; FRANCO, Tiago Arantes. A (des)integridade e (in)coerência na mudança de entendimento do STF no julgamento do HC 126.292. In: FATEB. **Anais do Compilado do III Encontro de Pesquisa: Conhecimento e Construção Conhecimento em Construção**. Telêmaco Borba: Editora Fateb, 2017. p. 11-25.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GILABERTE FREITAS, Bruno. Lei nº 13.718/2018: **Importunação sexual e pornografia de vingança**. 2018. Canal Ciências Criminais. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>. Acesso em: 10 out. 2019.

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: 10. nov. 2019

GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

HAMMURABI, Rei da Babilônia. **O Código de Hammurabi**. Tradução e comentários de E. Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1976.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

LAURRARI, Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Barcelona, v. 1, n. 12, p.271-310, jul. 2003.

_____. Victimología ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?, **Jueces para la democracia**, Madrid nº 15, p. 21-31. 1992

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; ROSA, Alexandre Morais da; BAMBILLA, Marília; GEHLEN, Carla. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18**. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. Acesso em: 10 out. 2019.

MACRI JUNIOR, José Roberto; MACRI, Bianka Jaquetti. Vítima e Delito: Vitimodogmática e sua relação com delitos sexuais. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e**

- Cidadania**, 6., 2018, Ribeirão Preto. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2018. p. 162 - 178.
- MAIER, Julio. **La Víctima y el Sistema Penal, Jueces para la democracia**, Buenos Aires, n 12. 1991.
- MANZANERA, Luiz Rodrigues. **Victimologia: Estudio de La Víctima**. 7. ed. Cidade do México: Porrúa, 2002.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.
- MARTINHO, Gabriela Maria Figueira. **Crimes sexuais contra mulheres adultas: Da avaliação forense à decisão judicial**. 2012. 50 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade do Minho, Braga, 2012.
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.
- MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Tese de doutorado (Direito). Pós-Graduação em Direito pela UnB. Brasília, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. ed.10. São Paulo: Atlas. 2000
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.
- NASCIMENTO, Eduardo do; MELO, Maria Heloísa Chiaverini de. **Vitimologia, Violência Sexual e Cultura do Estupro: O Olhar dos Juízes nas Decisões Judiciais Sobre o Comportamento da Víctima**. In: FATEB. **Conhecimento em Construção. Telêmaco Borba**. Editora Fateb, 2017. p. 11-25.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição contrária**. 2017 Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-contraria>. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2018.
- ORI. **Coletânea de Tratados Internacionais**. Disponível em <HTTPS://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional/>. Acesso em: 18 set. 2019.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivette Senise. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. Universidade de São Paulo: São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Tânia Felicidade Lino; CARNEIRO, Ana Mary Lino. A Mulher: Classe Social e Violência. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor; LEAL, César Barros. **Violência e Vitimização: A Face Sombria do Cotidiano**. Belo Horizonte: del Rey, 2001. p. 250-257.

PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. **Julgamento de quem?:** Imagens de mulheres no discurso dos processos de estupro em São Luís/MA. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 347 p.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINHO, Fabiana Oliveira. Tópica e Argumentação Jurídica: Considerações Sobre a Dignidade Humana Como Tópos. In: **Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**, 1., 2016, Alicante. Artigo Científico. Alicante: Universidad de Alicante, 2016. p. 1 - 25.

PORTUGAL. **Código Penal nº 48, de 1995**. Lisboa: Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, Versão consolidada a partir de 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Acesso em: 10 nov. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral e Parte Especial**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REI JOÃO SEM TERRA. **Magna carta**. Inglaterra: s./n., 1215. Disponível em: http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf. Acesso em: 17 mar. 2019.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de Todos e para todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. O Conceito Ampliado da Segurança Pública e a Segurança das Mulheres no Debate Alemão. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor; LEAL, César Barros. **A Violência Multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública**. Belo Horizonte: del Rey, 2003. p. 1-25.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade**. Belo Horizonte: ed. UFMG, 1986.

SANTOS, Marilda Pereira dos. **A ideia de dignidade humana em Kant: enquanto lei da liberdade, da justiça e da igualdade.** 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Cascavel, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Disponível em:<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/172905/a_eficacia_dos_direitos_fundamentais_2012.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría del delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo v. 34, 2001

SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. **A culpabilização das vítimas de crimes sexuais: uma questão cultural.** A Barriguda. v.VII, 2017.

SILVA, Thales Sousa da; SANTOS, Caroline Paiva dos; PEREIRA, Daniel Resende. **Economia Informal Brasileira: a informalização como decorrência do modelo jurídico-social.** 2017. 76 f. TCC (Graduação) - Curso de Secretariado, Faculdade Processus, Brasília, 2017.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais: Uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito.** 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito.** A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Larisse Salvador Bezerra de. **Por uma percepção mais ampla da nova vitimologia dentro do Processo penal ordinário.** 2018. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-Reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-Graduação. Mestrado em Direito, 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia.** 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2018. 448 p

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.