



FACULDADE DE JUSSARA - FAJ
CURSO DE DIREITO

IGOR RAFAEL DO CARMO

Estupro: Ação Penal Pública Incondicionada e seus reflexos.

JUSSARA-GO
2019

IGOR RAFAEL DO CARMO

Estupro: Ação Penal Pública Incondicionada e seus reflexos.

Artigo apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Daniel Moreira Tavares.

JUSSARA-GO

2019



FACULDADE DE JUSSARA - FAJ
CURSO DE DIREITO

A comissão examinadora, abaixo assinada, aprova o artigo de graduação

ESTUPRO: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA E SEUS REFLEXOS

elaborado por
Igor Rafael do Carmo

Como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Me. Daniel Moreira Tavares
(Presidente/Orientador)

Prof.ª Esp. Iara Ascêncio Martins
Professor Avaliador 1

Prof. Esp. Rafael Machado de Souza
Professor Avaliador 2

Jussara, 05 de dezembro de 2019.

Estupro: Ação Penal Pública Incondicionada e seus reflexos¹

Igor Rafael do Carmo²

Daniel Moreira Tavares³

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discutir sobre o crime de estupro e quais os reflexos gerados pela ação penal pública incondicionada, abordando autores como Rogério Sanches, Fernando Capéz bem como do jus-filósofo Miguel Reale. Inicialmente, realizar-se-á um estudo histórico das evoluções legislativas relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual, onde se busca compreender a necessidade da mutação no direito ao passar dos anos. Após, é realizado um estudo sistemático, com pesquisas em obras de renomados doutrinadores, com objetivo de entender como o crime de estupro se alterou ao decorrer da história, qual era o bem jurídico tutelado e quais reflexos o tipo de ação penal gerava no mundo jurídico. Por fim, busca analisar os reflexos trazidos pela Lei nº 13.718/18, bem com quais as consequências que podem repercutir no mundo jurídico, e se qual o benefício de tratarmos todos os crimes contra a dignidade sexual por ação penal pública incondicionada e entender o que isso poderá representar para as vítimas.

Palavras-chave: Ação Penal. Alteração legislativa. Estupro.

Abstract

This article aims to discuss about the crime of rape and what are the reflexes generated by the unconditional public criminal action, approaching authors such as Rogério Sanches, Fernando Capéz as well as jus-philosopher Miguel Reale. Initially, a historical study of legislative developments related to crimes against sexual dignity is carried out, in which we seek to understand the need for a change in the right over the years. Subsequently, a systematic study is conducted, with research by renowned indoctrinators, with the objective of understanding how the crime of rape changed throughout history, what was the legal good protected and what consequences the type of criminal action generated in the legal world. Finally, it seeks to analyze the consequences brought by Law No. 13,718 / 18, as well as the consequences that may have repercussions on the legal world, and if what is the benefit of treating all crimes against sexual dignity by unconditional public criminal action and understanding the that this may represent for the victims

Keywords: Criminal action. Legislative change. Rape.

¹ Artigo apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ), como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ). E-mail: igor_rafael3351@hotmail.com

³ Professor do curso de Direito da Faculdade de Jussara (FAJ). E-mail: danielm-slmb@hotmail.com

Introdução

Quando nos deparamos com uma matéria na seara criminal logo imaginamos tipos penais, suas penas, sujeito ativo, passivo, dentre outras. Contudo, as formalidades penais são de suma importância para instrumentalização de um processo penal, o qual deve ser pautado pelo princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, nos deparamos com a relevante alteração incorporada pela lei nº 13.718/18, a qual alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Nesse viés, é forçoso avaliar quais as consequências e repercussões jurídicas que essa mudança gera no mundo jurídico, e por último, mas não menos importante, como as vítimas podem encarar essa nova realidade, haja vista, que, sob algumas visões, que enfrentaremos no decorrer do artigo, há uma invasão a personalidade do ofendido, ultrapassando a esfera de proteção social e repressão a esses crimes.

Destaca-se, que, originalmente o Código Penal de 1940 empregava a ação penal privada para persecução de crimes contra a dignidade sexual, posteriormente, no ano de 2009, alterou-se a natureza da ação para pública condicionada à representação.

Ademais, nesse ponto, algumas correntes se posicionam favoravelmente a alteração, ou seja, aponta que a legislação brasileira carecia de uma resposta mais efetiva a sociedade, pois em vários casos o autor ficava impune, pois, o processo era atingido pelo advento da decadência, ainda em fase inquisitorial.

Contudo, outros doutrinadores defendem que a natureza de ação penal pública condicionada à representação do ofendido nesse tipo de crime seria a mais equilibrada, pois legitima o Ministério Público, sem afastar a decisão da vítima.

A Lei 13.718/18 tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

Indubitavelmente o direito acompanha a passos lentos, as mudanças sociais, a título de exemplo, o Código Penal brasileiro já empregou a nomenclatura “ter

conjunção carnal com mulher honesta” para tipificar o crime de estupro, prevendo inicialmente apenas pessoas do sexo feminino como possíveis no polo passivo.

Para a análise dos reflexos gerados pela Lei 13.718/18, é pertinente proceder como metodologia para a consecução de conhecimento e aprimoramento do referido tema o uso de fontes de leitura que irão compor basicamente o corpo referencial bibliográfico pertinente ao presente artigo científico, tais como: livros que tratam da temática ao longo do tempo, explicando seus parâmetros, seus procedimentos, ideologias e o contexto jurídico em volta dessa problemática, artigos científicos que tratam básica ou propriamente dos reflexos gerados pela ação penal pública incondicionada no crime de estupro.

Claramente, se visualiza que mudanças e impactos foram causados, assim, o presente artigo tem como objetivo analisar sob a perspectiva legal e social as alterações da Lei nº 13.718/18, e compreender o significado da alteração da natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual sob a vida da vítima.

1. Evolução histórica das alterações legislativas relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual

Diversas mudanças e inovações legislativas surgem ao longo dos anos, e são frutos não apenas da vontade do legislador ou diferenças políticas, mas as alterações são emanadas de mudanças sociais e valores.

Nesse diapasão, Miguel Reale ensina que “Toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores”, assim, a teoria tridimensional correlaciona três fatores interdependentes que fazem do Direito uma estrutura social axiológico-normativa, são eles: fato, valor e norma.

Importante ressaltar que esses três elementos devem estar sempre referidos ao plano cultural da sociedade onde se apresentam.

Nesse sentido, Reale (1999, p. 96) constrói um permanente estado tensional, pois, “após a emanção da norma, prosseguem as experiências axiológicas, operando-se mutações maiores ou menores na tábua dos valores ou na sua incidência e compreensão particular”.

Justamente por estar em constante tensão valorativa, ou seja, reanalizando seus valores, e sendo os valores cambiantes conforme a evolução social e mesmo

científica, a Teoria Tridimensional do Direito ampara o que hoje conhecemos como mutação constitucional ou, mais genericamente, mutação normativa, expressamente admitida por Reale (1999, p. 125)

Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração de uma vírgula, passa a significar outra coisa.

Assim, considerado que o direito é formado pela tradução de anseios sociais, bem como seus valores, os crimes contra a dignidade sexual sofreram variações ao longo da história. Vejamos.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940 em sua redação original, estabelecia-se que a regra para o processamento de crimes contra os costumes (atual crimes contra a dignidade sexual) era por intermédio de ação penal de iniciativa privada, entretanto existiam quatro exceções: (I) Ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo; (II) Ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, padrasto, tutor ou curador; (III) Ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte; (IV) Ação pública incondicionada quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real.

Percebe-se que a redação original do Código Penal, publicado em 07 de dezembro de 1940, demonstrava no título VI, os anseios sociais da época quanto aos costumes sexuais. Como se pode imaginar, à época de edição do Código Penal, vigorava em nossa sociedade maior pudor quanto aos costumes relacionados à sexualidade.

Certamente, esse sentimento social refletia no pensamento jurídico-criminal da época, de modo que o próprio direito penal se aplicava para salvaguardar o "mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais" foi endossado pela doutrina. Nelson Hungria (apud NUCCI, 2008, p.273).

Assim, a referência a "costumes" acabou sendo entendida como conduta sexual determinada por necessidades ou conveniências sociais, de modo que os

delitos previstos no Título VI procuravam proteger o mínimo ético, relacionado à sexualidade, exigido dos indivíduos (NORONHA, 1995).

Como se pode ver, houve uma clara interferência do Direito Penal sobre um assunto relacionado à sexualidade dos indivíduos, que na época era adequadamente compreendido e aceito pela necessidade de proteger a moral e a ética sexual.

Acontece que, especialmente a partir do movimento feminista, houve uma verdadeira revolução sexual na sociedade, de modo que a proteção da moralidade e ética sexuais perdeu seu significado.

Naturalmente, tal sentimento social refletia no próprio pensamento jurídico penal da época, de modo que a própria atuação do Direito Penal para tutelar o "mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais" era cancelada pela doutrina, como se pode notar pelo pensamento do saudoso Nélon Hungria (apud NUCCI, 2008, p.273).

Afinal, não havia mais moralidade sexual a ser protegida. O direito penal não conseguiu impedir a evolução dos costumes em relação à sexualidade. Os hábitos sexuais foram alterados, apesar das disposições do Título VI do Código Penal.

Assim, muitos dos dispositivos e expressões usados caíram em desuso, assim como o infame termo "mulher honesta". Afinal, é preciso reconhecer a incapacidade de qualquer sistema jurídico de sufocar o desenvolvimento natural de ideias e padrões de uma sociedade, e em particular as mudanças de conceitos de moralidade e ética.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, reforçou-se a sensação de que os dispositivos penais estariam desatualizados. A doutrina reforça uma nova interpretação dos bens jurídicos protegidos pelos crimes do Título VI, sob a luz na Constituição Cidadã.

Nesse sentido, o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não trouxe nada além de conduzir o direito penal de volta à realidade social. Assim, a alteração do bem jurídico protegido (de costumes para dignidade sexual) não se deve à inovação legislativa, mas, de fato, à evolução dos costumes sociais e à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, com a entrada em vigor da Lei 12.015/09, foram trazidas inúmeras alterações ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava de

“crimes contra os costumes”, renomeando-os como “crimes contra a dignidade sexual”.

Essa mudança de nomenclatura indica, à princípio, que a preocupação do legislador não se limita ao sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, como ocorreu nas décadas anteriores, mas sim ao dano real ao bem jurídico em questão, ou seja, à dignidade sexual de quem é a vítima desse tipo de ofensa.

Assim, preocupava-se principalmente com o respeito à dignidade da pessoa humana, pilar do Estado de Direito Democrático, pois não há dúvida sobre a intensidade da violação sofrida pelas vítimas desse tipo de violação, observando a tentativa de combater vários tipos de violência sexual, não efetivamente regulados por legislação anterior.

A vista disso, na reforma de 2009, a regra passou a ser ação penal pública condicionada à representação, com duas únicas exceções: (I) Ação pública incondicionada no caso de vítimas menores de 18 anos; e (II) Ação pública incondicionada no caso de pessoa vulnerável.

No entanto, a partir da promulgação da Lei 13.718/2018 todos os crimes contra a dignidade sexual passaram a ser de ação penal de iniciativa pública incondicionada, sem exceções, conforme dispõe a atual redação do artigo 225 do Código Penal.

Nesse ponto, deve ressaltar que caberia à vítima do delito sexual decidir se desejaria ou não deflagrar a instauração do processo, ponderando as consequências advindas dessa escolha. E isto porque, nos crimes desta ordem prepondera o chamado “*strepitus judicis*”, decorrente da exposição do caso por ocasião do julgamento, o que geraria um sentimento de vergonha na vítima superior ao trauma sofrido pela violação.

Neste sentido, tem se discutido que a iniciativa poderia ser considerada um retrocesso, pois retira da vítima a mencionada capacidade de escolha, como ensina Cunha (2018, p. 17);

Igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança. O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*”.

A doutrina se dividia, parte apoiava e parte era contrária que os crimes sexuais deviam ser perseguidos e coibidos ainda que o sujeito passivo assim não desejasse. De acordo com a justificativa assumida pelo Projeto de Lei nº 5.453/2016, o silêncio da vítima acabava por contribuir para a impunidade e o aumento do número de ocorrências.

Daí porque, com a atuação obrigatória do Estado, por meio da ação incondicionada, evitar-se-ia que vítimas sofressem retaliações por parte dos agressores. É bem verdade que esta opção legislativa longe esteve de apresentar trâmite procedimental tranquilo. Basta ver que o primeiro Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados, apresentado em 20 de março de 2018, o qual optou por excluir esta proposta de alteração.

Em 16 de maio de 2018, porém, novo documento foi apresentado, incluindo o dispositivo e referindo não acreditar-se que:

(...) o receio de eventual 'escândalo do processo' seja motivo bastante para evitar a persecução criminal de crimes tão bárbaros. Trata-se 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 (SENADO, 2018)

De toda forma, fato é que, com a promulgação da nova Lei todos os crimes contra a dignidade sexual, praticados a partir de sua entrada em vigor, são perseguidos mediante ação penal pública incondicionada a representação do ofendido, talvez pela busca legislativa de fantasiar uma punição severa do estado e talvez preocupada na proteção destas vítimas e evitar novas práticas criminosas.

2. Análise do crime de estupro

O termo crimes contra os costumes não refletia mais a realidade dos bens jurídicos tutelados pelos tipos encontrados no Título VI do Código Penal. A proteção não era mais o modo como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade do século XXI, mas a proteção de sua dignidade sexual, sua liberdade de realizar escolhas.

A dignidade sexual é uma das espécies do gênero da dignidade humana, nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet dissertando sobre o tema, esclarece ser a dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos SARLET (2001, p.60).

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, haja vista, que, através de uma interpretação sistêmica, que considera a situação jurídica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura a aplicação legal ao caso concreto, que não poderá fugir às orientações nele contidas.

Assim, podemos analisar o que acontece com o crime de estupro, o qual está inserido no capítulo sobre crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se vê, o objetivo do tipo penal é a proteção efetiva da liberdade sexual da vítima e, em um sentido mais amplo, sua dignidade sexual.

O estupro é coação praticada pelo homem ou mulher que, através do uso de violência ou grave ameaça, compele a mulher ou o homem à cópula sexual (introdução, ainda que parcial, do pênis na cavidade vaginal) ou ainda, a mulher ou o homem à praticar, de forma ativa ou passiva, ato libidinoso que não caracterize penetração do pênis, como exemplos: o coito anal, *inter femora*, sexo oral e masturbação.

Destaca-se ainda, que o bem jurídico tutelado no tipo penal (o direito que está sendo protegido) é a dignidade e liberdade sexual do indivíduo. O tipo possui como núcleo o verbo Constranger. Como discorre Fernando Capez:

Constranger significa forçar, compelir, coagir a pessoa (homem ou mulher) a manter com o sujeito ativo a conjunção carnal, ou o ato libidinoso diverso. Assim, ocorrendo o consentimento, estará afastada a tipicidade, pois não

terá adequação do fato à norma, e, portanto, não será crime. (CAPEZ, 2004, p. 02).

Além disso, o tipo incriminador determina como meio de execução do crime a violência ou a grave ameaça. Isso se refere à violência real, que é o uso de força física capaz de dificultar a capacidade de ação da vítima. Por exemplo, amarrar as mãos.

Pequenos danos corporais causados pela violência são elementares do crime. No entanto, se a lesão é de natureza grave, configura-se estupro qualificado. Por outro turno, a grave ameaça, é a violência moral, que atua sobre o psíquico da vítima, fazendo com que ela não tenha outra alternativa senão se submeter à prática ativa ou passiva do ato libidinoso, suprimindo sua capacidade de escolha.

Capez (2004), nos ensina que o mal prometido pode ser: direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros vinculados à vítima); justo (relatar crimes cometidos pela vítima) ou injusto (anunciar que a matará); e deve ser analisado individualmente.

Ademais, quanto a grave ameaça que poderá ser empregada à prática do tipo penal incriminador, Bitencourt (2004), acrescenta que o mal também deve ser: determinado; possível; iminente; inevitável. A gravidade da ameaça deve ser analisada sob o prisma do bom senso.

Assim, percebe-se que a proteção da liberdade sexual decorre da elaboração do Código Penal de 1940, quando uma proteção mais rígida foi direcionada em relação às mulheres, dado que a sociedade enfrentava um momento marcado pela ascensão feminista.

As mulheres saíram de uma posição de subordinação e foram para uma situação de igualdade com o homem, devido à sua luta pela inserção no mercado de trabalho, o que consequentemente trouxe independência, em síntese.

O crime de estupro, na redação original do Código Penal de 1940, era previsto no título VI, que tratava de crimes contra os costumes, e dispunha em seu artigo 213 “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, nesse sentido Santos leciona:

Nota-se nesse texto, certa limitação quanto às figuras dos sujeitos ativo e passivo, visto que necessariamente sobre a mulher recairia o ato de compelir à prática da conjunção carnal, e obrigatoriamente, este seria praticado pelo homem (SANTOS, 2013).

Nesse sentido, Soares (2015) acrescenta que todas as pessoas, homem ou mulher, possuem liberdade sexual, sendo esta a possibilidade de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, é necessário proteger a dignidade sexual do ser humano, para que essa liberdade possa ser exercida.

O bem jurídico tutelado no crime de estupro, portanto, é a Dignidade e liberdade sexual de homens e mulheres, uma vez que a pessoa tem pleno direito a inviolabilidade de suas escolhas sexuais.

Emiliano Borja Jiménez apresenta o conceito de liberdade sexual:

Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (JIMÉNEZ, 2011, p. 125).

Pela necessidade de se proteger essa liberdade, podemos nos deparar com diversos elementos normativos que tratam de crimes contra a Dignidade Sexual, e um deles e talvez o que possua o maior grau de reprovabilidade, o crime de estupro.

Soares nos ensina ainda que:

Estupro é a coação feita pelo homem ou pela mulher que, mediante emprego de violência (física ou real) ou grave ameaça, compele a mulher ou o homem à cópula sexual ou à prática, ativa ou passiva, de ato libidinoso diverso da conjunção carnal (SOARES, 2015).

Desse modo, percebe-se que após a lenta evolução de pensamentos e reanálises de valores sociais, são notáveis os enormes progressos e avanços, contudo, Maia (2014, p.15) destaca que “também é necessário que estes não se percam ou se estagnem, pois faz parte do Direito essa constante modificação que faça com que a necessidade do todo seja atendida”.

Mas não apenas, Maia (2014, p. 15) aponta que “ainda que objetivo utópico, o escopo da construção do Direito deve ser a justiça; nestes casos, a existência de efetiva punição aos verdadeiros criminosos e o amparo às vítimas de forma a, ao menos, tentar reduzir os impactos físicos e psicológicos por elas sofridos”.

Por fim, quando se realiza a análise do crime de estupro, pode-se perceber nitidamente que houve grande evolução, mas, inobstante a isso, o direito ainda não conseguiu entregar a verdadeira justiça para as vítimas deste crime.

3. Os reflexos da ação penal pública incondicionada

De início, destaca-se que o Código Penal brasileiro determina a forma de ação penal (incondicionada, condicionada, privada) a depender da espécie do delito, suas consequências sociais, gravidade, reprovabilidade de conveniência política.

Assim, de acordo com cada situação prevista em lei, no momento do crime surgirá a reivindicação e o direito do cidadão ou da sociedade de solicitar a ação da justiça. Diante disso, é possível fazer um julgamento de acordo com os requisitos exigidos por lei, estabelecendo, no final, uma sanção a ser cumprida pelo réu, que só pode ser exercida legalmente pelo poder estatal.

A propriedade da ação criminal tem como requisito básico a avaliação da ação criminal, a forma como a vítima e a sociedade foram afetadas, direta ou indiretamente em seus valores, os direitos coletivos e a proteção de seus semelhantes.

Na maioria dos casos que envolvem o direito penal, a propriedade da ação criminal é pública porque envolve a garantia da seguridade social e a proteção da sociedade como um todo.

Semelhante à ação civil pública em que a promotoria defende o direito dos cidadãos que, apesar de não perceberem massivamente as consequências de desrespeitar seus direitos, mas uma vez garantida a preservação do direito, todos os cidadãos se beneficiarão da decisão que determina o cumprimento dos direitos.

Capez descreve de forma pormenorizada, veja-se:

A ação penal será pública quando o titular do direito de ação for o próprio Estado que visa à tutela dos interesses sociais e a manutenção da ordem pública. Neste caso, cabe ao Ministério Público promover a ação independentemente da vontade de outrem (ação penal exclusivamente pública). De acordo com o art. 100, do Código Penal: "A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido". Porém, há hipóteses em que o Ministério Público depende da manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante legal para exercer a sua atividade jurisdicional, então, a ação penal será pública condicionada, conforme disposição do art. 100, §1º do CP: "A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (CAPEZ, 2007, p. 387)

Há ainda a ação penal privada que será promovida apenas pelo ofendido ou por seu representante legal, de acordo com a oportunidade e conveniência que entender cabíveis, já que a infração atinge imediata e profundamente o interesse da vítima, que pode optar em preservar a sua intimidade e não propor a ação.

Entretanto, na ação penal pública incondicionada a infração atinge imediatamente a ordem social, cabendo exclusivamente ao Ministério Público promover a ação, ao passo que, quando a ação penal for condicionada dependerá o órgão jurisdicional da manifestação da vontade do ofendido que foi atingido imediatamente pela infração para a propositura da ação (CAPEZ, 2007 p,81).

Ocorre que em algumas leis penais, mesmo que exista um incidente criminal que choque a sociedade e seus companheiros, a propriedade do promotor público não é uma iniciativa própria, o que indica que o titular da ação é a vítima.

Diretamente do comportamento criminoso, e os atos criminosos são responsáveis por ajuizar ações e incorporar a justiça, assim, somente após essa manifestação o Ministério Público poderá fazer parte da ação e atuar também como interessado.

Diferencia a ação penal pública da privada sob a ótica da legitimação ativa, argui que a ação penal pública incondicionada ocorre quando o Ministério Público age de ofício, sem necessidade de demonstração de interesse por parte da vítima, enquanto a ação penal pública condicionada ocorre quando o Parquet depende da manifestação de vontade da vítima, por meio da representação, ou da manifestação de vontade do Ministro da Justiça, por meio da requisição, para iniciar a ação penal. (NUCCI, 2008, p.122.)

Com relação às características da ação penal, o ordenamento jurídico classifica em autônoma, abstrata, subjetiva e de natureza pública. A ação é autônoma porque não depende da transgressão consubstanciada do direito material, é abstrata, pois os órgãos jurisdicionais devem acolher os fatos e averiguar para buscar a comprovação, é subjetiva, pois cada ação possui particularidades para cada conduta e por fim é de natureza pública, pois visa o interesse coletivo da sociedade como um todo, devendo ser apurado através dos órgãos públicos da sociedade.

Assim, visando a proteção da sociedade, a incolumidade pública e o desenvolvimento harmônico das relações sociais, o Estado criou as tipificações penais para garantir que os direitos dos cidadãos sejam respeitados por todos.

Com isso quando se cria uma lei, ela determina que conduta não deverá ser feita pelos cidadãos que nela vivem e caso algum cidadão pratique determinada conduta, tal ação será submetida a uma determinação sancionatória prevista em lei.

Ademais, é cediço mencionar que a alteração no tipo de ação penal, recebeu parecer negativo pela Câmara de Constituição e Justiça, veja-se:

A inclusão levada a efeito pela Câmara dos Deputados faz com que o início da investigação – e da própria ação penal – de todos os tipos dos Capítulos I e II do Título “Dos crimes contra a dignidade sexual” prescindam de representação. Entendeu-se, portanto, que a apuração dos crimes sexuais interessaria mais à sociedade do que à própria vítima. Compreendemos a motivação presente na alteração promovida pela Câmara; todavia, cremos que o tema ainda merece maior debate pela sociedade, especialmente pelo público feminino. Há permanente discussão entre a doutrina que entende que, nos crimes sexuais, prepondera o elemento do “*strepitus judicis*” – a permitir que a própria vítima escolha a oportunidade da apuração – e a doutrina que defende que os crimes sexuais devem ser perseguidos e coibidos ainda que o sujeito passivo assim não deseje. Não havendo unicidade na doutrina e visto que não é possível, nessa fase, a apresentação de subemendas para eventuais ajustes no mérito, o que possibilitaria, talvez, a modificação pretendida ao menos para os crimes que envolvam violência ou grave ameaça, não há outra solução senão a supressão da modificação proposta no Substitutivo. Além disso, tramita, neste momento, no Senado Federal, o projeto de Reforma do Código Penal Brasileiro (PLS 236, de 2012) que fará uma ampla revisão, adequação e ajuste de diversos dispositivos tanto da parte geral quanto da parte especial, podendo haver, se a Casa julgar oportuna, uma maior discussão acerca da necessidade de modificação da natureza das SF/18562.55941-07 jv2018-01601 7 ações penais dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulneráveis. Por estas razões, opto por deixarmos para outro momento a presente discussão e, ao menos por enquanto, manter a ação penal desses crimes como pública condicionada à representação (CCJ, 2018).

Entretanto, a alteração legislativa foi realizada e hoje traz seus efeitos, o que por ora não são demonstráveis de forma inequívoca, considerado que se trata de alteração recente seus resultados, sejam positivos ou negativos dependeram de análises inclusive em casos concretos.

Desde já, percebe-se que o estado se mostra com agente punitivo, mas, deve-se repensar o amparo dispensado às vítimas, bem como repensar na estruturação do sistema prisional, haja vista a estipulação de penas em abstrato não representar proteção à vítima ou repreensão ao ofensor.

Considerações Finais

Conclui-se que, com a entrada em vigor da Lei nº 13.718/18, um passo importante foi dado no caminho do reconhecimento das liberdades sexuais e das punições de suas respectivas violações, principalmente em vista dos comportamentos observados no cotidiano.

Entretanto, a princípio, alterar a forma de ação penal nesse tipo de crime, por ora não é a solução dos problemas, ao contrário, gera na vítima grandes consequências, materiais e imateriais.

Conforme exposto pelo primeiro parecer, em cunho negativo apresentado pela CCJ, a ação penal pública incondicionada, sozinha, não é suficiente para salvaguardar as vítimas ou punir algum criminoso.

Em contraponto, tramita atualmente na casa legislativa o projeto do novo Código Penal, que pode potencializar e aperfeiçoar as penas, e assim, conjuntamente à ação incondicionada fazer a verdadeira justiça (SENADO, 2012).

Ainda é importante mencionarmos, que os crimes tratados no título VI, são crimes contra a dignidade sexual, crimes que estão diretamente ligados a vida da vítima.

Assim, em que pese a incondicionalidade da ação penal, todo o trâmite processual apresenta grande dependência à vítima, haja vista, como no crime de estupro, onde temos um crime transeunte, logo ocorre a obrigatoriedade pelo exame de corpo delito.

Ou seja, todos os elementos de provas dependem-se, em sua grande parte, da participação e consentimento da vítima, o que gera, por ora, dúvidas quanto a real eficiência da ação incondicionada.

Contudo, um ponto se mostrou relevante. Não ação penal pública condicionada, dispúnhamos da decadência como fato gerador de extinção da punibilidade, o que não ocorre agora.

Mas inobstante a eliminação de uma causa extintiva da punibilidade, apenas por esse motivo ela não se demonstra razoável. Não por que poderiam ser elaboradas novas medidas para evitar a decadência, bem como serem adotadas novas políticas para dar celeridade as investigações relacionadas a esses crimes.

Referências

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988.

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

BRASIL. Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018. Diário oficial da União, Brasília, 25 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Editora Saraiva. 14ª Edição - 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Juspodivw, 2018, p. 17. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>. Acessado em: 09 de novembro de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 5.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Parecer da Comissão de Constituição e Justiça nº 2, de 2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015 (nº 5.452/2016, na Casa de origem). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7648258&ts=1571777269217&disposition=inline>. Acessado em: 09 de novembro de 2019

Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015 (nº 5.452/2016, nesta Casa), apresentado em 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132479>. Acessado em: 09 de setembro de 2019.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118 a 125.

SANTOS, Italo Barros. O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico penal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: Acesso em: 20 de outubro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO FEDERAL. Projeto de reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=106404>. Acesso em: 13 de dezembro de 2019.

SOARES, Daniela Bastos. Análise jurídica do crime de Estupro Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43517/analise-juridica-do-crime-de-estupro>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.