



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAROLINE SANTANA MOUTINHO**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA  
CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO CRIME DE  
ESTUPRO: UMA ANÁLISE À LUZ DE PRINCÍPIOS E  
VALORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Salvador  
2016

**CAROLINE SANTANA MOUTINHO**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA  
CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO CRIME DE  
ESTUPRO: UMA ANÁLISE Á LUZ DE PRINCÍPIOS E  
VALORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador  
2016

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**CAROLINE SANTANA MOUTINHO**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA  
CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO CRIME DE  
ESTUPRO: UMA ANÁLISE Á LUZ DE PRINCÍPIOS E  
VALORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

## **AGRADECIMENTOS**

A Fabíola e Hylbernon, meus queridos pais, por terem me apoiado em todas as decisões e por sempre terem acreditado no meu potencial.

A Ingrid, minha irmã, por todo amor e compreensão.

A Iago, meu namorado, por toda força e paciência.

Ao professor Roberto Gomes, meu orientador, por toda dedicação e comprometimento na orientação deste trabalho.

Aos meus amigos da faculdade, Afrísio, Gabriela, Iara, Paula, Rafaela, Saádia, por compartilharem difíceis momentos da graduação e por me ajudarem a não desistir.

“O mais escandaloso dos escândalos é que nos habituamos a eles”.

Simone de Beauvoir

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a adequação na escolha do legislador brasileiro em condicionar a persecução penal no crime de estupro, estudando através de um aprofundamento histórico o surgimento dessas normas jurídicas penais no ordenamento jurídico. Primeiramente, haverá uma análise sobre o tipo penal incriminador do estupro, bem como, sobre a evolução histórica do bem jurídico tutelado por esta norma penal incriminadora e, ainda, sobre as consequências da existência de valores morais conservadores na descrição do tipo penal para a vida das vítimas. Em seguida, será abordado o conceito de ação penal, como meio jurídico que possibilita o exercício da pretensão punitiva do Estado para aplicação do Direito Penal ao caso concreto, adentrado sobre as peculiaridades da previsão normativa da ação penal no crime de estupro, as suas alterações ao longo do tempo e as justificativas para a preferência da vontade da vítima no exercício da ação penal. Por último, pretende-se fazer uma análise e enfrentar os argumentos doutrinários que justificam atualmente a natureza da ação penal no crime de estupro, sendo, ao final, proposta uma solução para priorizar o interesse público em detrimento do interesse privado, sem, contudo, esquecer de preservar o direito à intimidade da vítima.

**Palavras-chave:** estupro; ação penal; impunidade; constrangimento da vítima.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	9
<b>2 ESTUPRO</b>	11
2.1 BEM JURÍDICO TUTELADO	13
2.2 TIPO PENAL	22
2.3 DA PENA E DA AÇÃO PENAL	28
2.4 NATUREZA HEDIONDA	30
<b>3 AÇÃO PENAL E AS ALTERAÇÕES PRODUZIDAS PELA LEI 12.015/09</b>	31
3.1 DA AÇÃO PENAL	34
<b>3.1.1 Ação penal pública</b>	35
3.1.1.1 Ação penal pública condicionada	39
3.1.1.1.1 <i>Da representação</i>	40
<b>3.1.2 Ação penal privada</b>	43
3.2 DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO	46
<b>3.2.1 Da ação penal antes da Lei 12.015/09</b>	49
3.2.1.1 Da súmula 608 do STF	54
<b>3.2.2 Da ação penal após a vigência da Lei 12.015/09</b>	55
<b>4 ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO</b>	56
4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À INTIMIDADE NO CRIME DE ESTUPRO	57
4.2 O PAPEL DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL	60
<b>4.2.1 O papel da vítima no crime de estupro</b>	62
4.3 O CONSTRANGIMENTO DA VÍTIMA	65
4.4 PROVA DO CRIME DE ESTUPRO	71
<b>5 CONCLUSÃO</b>	73
<b>REFERÊNCIAS</b>	74



## 1. INTRODUÇÃO

Este é um trabalho sobre a compatibilidade da ação penal pública condicionada à representação no crime de estupro através de uma análise à luz de valores e princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

O ponto de partida para escolha do tema foi a opção legislativa em condicionar a persecução criminal, e por consequência, a aplicação do Direito Penal a manifestação de vontade e interesse pessoal da vítima diante da ocorrência de um crime extremamente grave e relevante para a sociedade.

Sabe-se que, atualmente, na modernidade, o crime de estupro gera um interesse social muito grande em punir o infrator de uma norma penal incriminadora tão grave, elevada, inclusive, pelo ordenamento jurídico a natureza de crime hediondo. Ocorre que, em decorrência de valores morais existentes na sociedade patriarcal de séculos passados, o exercício da persecução penal permaneceu até o ano de 2009 na legislação brasileira voltada para atender preponderantemente interesses privados, haja vista a previsão da natureza privada da ação penal no crime de estupro.

Com a edição da Lei 12.015/09, o cenário normativo do crime de estupro mudou, uma vez que o regramento da ação penal passou a ser de pública condicionada à representação do ofendido. Todavia, há que se questionar se de fato essa mudança trouxe o adequado tratamento a persecução penal no crime de estupro, já que a atuação do Estado ainda ficou condicionada a vontade da vítima.

Prepondera o entendimento na doutrina que objetivo da opção legislativa em condicionar o exercício da ação penal no crime de estupro foi de preservar o direito à intimidade da vítima, que poderia ser obrigada a suportar um constrangimento lesivo dentro do processo criminal. Isto é, a exposição dos fatos decorrente de uma violência sexual através da publicidade da ação penal possivelmente causaria um sofrimento ainda maior para a vítima. Deste modo, cumpre analisar se o constrangimento da vítima é fator determinante para fazer prevalecer o interesse pessoal da vítima em silenciar a infração da norma ou a melhor resposta seria preponderar o interesse público em perseguir o autor do fato.

Neste sentido, a primeira parte do trabalho abordará sobre o crime de estupro, os impactos da violência sexual na vida das vítimas, bem como sobre a evolução histórica do bem jurídico tutelado por esta norma penal incriminadora e, por fim, sobre as consequências da existência de valores morais conservadores na descrição do tipo penal.

O segundo capítulo, ao seu turno, cuidará sobre o conceito da ação penal como instituto jurídico por meio do qual o Estado exerce a sua pretensão punitiva, adentrando, ainda, sobre as peculiaridades desta previsão normativa no crime de estupro. Será também verificado o contexto histórico e os motivos pelos quais o legislador brasileiro escolheu a natureza privada da ação penal no crime de estupro até o ano de 2009 e as consequências que isso acarretava para a vida da vítima e, em sequência, os motivos que acarretaram a mudança legislativa para a ação penal pública condicionada à representação no século XXI.

Na última parte desse estudo pretende-se fazer uma análise crítica sobre os argumentos doutrinários referentes a necessidade de preservação dos interesses pessoais da vítima no crime de estupro sobre o exercício da persecução criminal por meio de um aprofundamento histórico que deu surgimento para estes tipos de argumento. Ao final, haverá uma ponderação se a resposta penal adequada para proteger o constrangimento da vítima e atender o interesse público em exercer a pretensão punitiva seria condicionar a ação penal à representação do ofendido.

## 2. ESTUPRO

O estupro sempre foi uma conduta humana intolerável dentro do âmbito de sociedades minimamente civilizadas. Desde os povos mais antigos, o estupro foi punido com bastante rigor. A legislação hebráica, por exemplo, bem como, a romana, grega, dentre outras, punia este tipo de conduta com a pena de morte. Além disso, havia também em outras civilizações, a pena de mutilação do órgão sexual masculino para quem cometesse este crime sexual.<sup>1</sup>

No Brasil, não era diferente, o Livro V das Ordenações Filipinas previa justamente a pena de morte para aquele que forçadamente dormisse com uma mulher, sendo a pena abrandada para prisão apenas no Código de 1830.<sup>2</sup>

Nota-se, portanto, que o estupro causava desde tempos mais remotos uma reprovação social muito grande, pois, a pena para condenação do criminoso era extremamente severa. Isto é, diante da violência sexual tipificada, a sociedade legitimava o sacrifício do direito à vida de um indivíduo. Assim, pode-se afirmar que o crime de estupro impactava gravemente no convívio social, o que conseqüentemente acarretava uma resposta dura do Estado.

Basicamente, a repressão penal no crime de estupro estava voltada para coibir a conjução carnal forçada, que significava a introdução do órgão sexual masculino na genitália feminina sem o consentimento da ofendida.<sup>3</sup> Agregado a esta conduta violenta, existiam valores morais aceitos perante a sociedade dentro da norma penal incriminadora, uma vez que durante muito tempo e em muitas civilizações, para caracterização do delito de estupro, a vítima tinha que ser necessariamente mulher, virgem, honesta ou viúva.<sup>4</sup>

Entendia-se como mulher honesta aquela que "ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes"<sup>5</sup>. Deste modo, havia para as mulheres uma limitação em relação aos condutas ligadas à vida sexual, visto que a moralidade

---

<sup>1</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 97.

<sup>2</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 114.

<sup>3</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, 1973, v. 4, p. 97.

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Op. cit.*, 1958, v. VIII, p. 150.

pública separava as mulheres que mereciam respeito e proteção do Estado daquelas que não mereciam.

Assim, para que a violência sexual fosse considerada gravosa na sociedade, imperava a necessidade de avaliar a conduta da vítima, bem como, se o seu perfil enquadrava dentro dos valores patriarcais e religiosos condizentes em matéria sexual. Caso a mulher não estivesse dentro do padrão mínimo ético exigido pela sociedade, seria permitido e por vezes, muito pior, devido a relação sexual forçada.

Na legislação patria, o Código de 1830 estabelecia expressamente a condição de mulher honesta para tipificação da conjunção carnal violenta. A pena, para este tipo de crime era prisão de três a doze anos, além de dote para a mulher ofendida. O art. 225 do mencionado código ainda estabelecia como forma de extinção da punibilidade do ofensor o casamento com a vítima, norma que perdurou na legislação brasileira até o ano de 2005.<sup>6</sup>

Já no Código de 1890, a redação do crime de estupro foi alterada para determinar que a vítima poderia ser virgem ou não, desde que fosse honesta.<sup>7</sup> Por outro lado, a conduta criminosa ainda era tipificada como a cópula carnal praticada com violência a vítima mulher, o que permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro até o ano de 2009.

Especificamente, foi somente com a redação do art. 213º do Código Penal trazida pela a Lei 12.015/09 que o crime de estupro ficou tipificado como a conduta de constranger qualquer pessoa, seja do sexo masculino ou feminino, a ter conjunção carnal ou à pratica de qualquer ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça.<sup>8</sup>

Verifica-se, portanto, que apesar da evolução da sociedade e com o avanço da modernidade, os crimes sexuais, notadamente o estupro, permaneceu até o século XXI na legislação brasileira carregado de valores morais nitidamente ultrapassados em relação a sexualidade e principalmente em relação à mulher. Neste sentido, o

---

<sup>6</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 115.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>8</sup> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)  
(BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2016).

campo permissivo sobre a noção de relação sexual na sociedade acabava por garantir proteção a indivíduos que praticassem violência sexual a determinadas mulheres consideradas desmerecedoras de proteção estatal.

Todavia, mesmo com o direcionamento do ilícito penal para valores morais relacionados aos costumes, o estupro sempre foi extremamente condenado pela sociedade.

## 2.1 BEM JURÍDICO TUTELADO

Os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade merecem uma proteção maior e mais efetiva que outros ramos do Direito não conseguem oferecer. Assim, "os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir."<sup>9</sup>

Em relação ao crime de estupro, por muito tempo o bem jurídico tutelado era a moral pública sexual presente nos costumes da sociedade brasileira dos séculos XIX e XX, apesar da grande maioria dos doutrinadores da época afirmarem que a proteção era direcionada a liberdade sexual da mulher.

Magalhães Noronha<sup>10</sup>, por exemplo, entendia que o bem jurídico tutelado no crime de estupro era o direito da mulher em dispor do próprio corpo em matéria sexual, da faculdade em aceitar ter ou não relação sexual com um homem que a deseja. Da mesma maneira entendiam os doutrinadores Paulo José da Costa Júnior<sup>11</sup> e Heleno Cláudio Fragoso<sup>12</sup>.

Todavia, contraditoriamente, todos estes doutrinadores, além de Nelson Hungria<sup>13</sup> e Vicente Sabino Junior<sup>14</sup>, afirmavam que o marido não poderia ser sujeito ativo no

---

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 37.

<sup>10</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 99.

<sup>11</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 711.

<sup>12</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial: art. 213 a 359 CP**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 2.

<sup>13</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 125.

crime de estupro em relação a sua esposa, pois a conjunção carnal era um direito tutelado pelo homem dentro do matrimônio.

Assim, justificavam que as relações sexuais constituíam direito e dever recíproco entre os cônjuges, não podendo a mulher por mera vontade se recusar as investidas sexuais do seu marido. Neste sentido, afirmava Magalhães Noronha que "o marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor".<sup>15</sup>

Do mesmo modo, entendia Vicente Sabino Júnior ao afirmar que "na intimidade conjugal, a conjunção violenta não configura o crime de estupro, dada a inexistência de violação da liberdade sexual no casamento".<sup>16</sup>

Sendo assim, conforme entendimento majoritário da doutrina do século XX, se fosse necessário a utilização da força e da violência para obrigar uma mulher casada a ter relação sexual com seu marido, essa violência seria considerada lícita por meio de uma interpretação das normas legais do ordenamento jurídico brasileiro, já que haveria legitimidade da agressão para o exercício regular de um direito masculino.<sup>17</sup>

Magalhães Noronha enfatiza ainda que "a violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido."

Neste ponto de vista, a resistência da mulher para evitar a conjunção carnal violenta no casamento somente seria legítima quando fundada em valores morais ditos como justos. Por exemplo, diante da real possibilidade de transmissão de doença venérea do cônjuge, a mulher poderia negar a manter relações sexuais com seu marido.<sup>18</sup> Caso contrário, não haveria direito de dispor livremente do próprio corpo.

---

<sup>14</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1967, p. 866.

<sup>15</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 100.

<sup>16</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, 1967, p. 866.

<sup>17</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 126.

<sup>18</sup> Em idêntico prisma: NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, 1973, v. 4, p. 101; HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Op. cit.*, 1958, v. VIII, p. 126.

Entretanto, em relação a "concubina, o delito será o de estupro, porque, se a sociedade tolera a convivência *more uxorio*, não outorga ao amante o direito à prestação sexual da mulher com a qual convive"<sup>19</sup>.

Ora, diante deste contexto, verifica-se que a proteção da norma jurídica não estava voltada para o gênero feminino, muito menos, para a liberdade sexual da mulher, uma vez que o matrimônio garantia a licitude da violência e dos abusos sexuais praticado pelo marido. Em outras palavras, o dever moral atribuído a mulher no casamento impedia a ilicitude do crime de estupro, tendo a mesma que suportar todas as agressões tidas como necessárias para consumação do ato sexual, fora a própria violência sexual em si.

Se a tutela penal fosse realmente direcionada para o direito de liberdade sexual da mulher, não haveriam razões para diferenciar as vítimas do crime de estupro, pois, todas seriam merecedoras da proteção estatal. Todavia, em decorrência da existência de valores morais no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e na jurisprudência de séculos passados, somente um grupo seletivo das mulheres seriam consideradas vítimas no crime de estupro ou dignas de maior proteção da norma jurídica penal.

Neste ponto, uma das diferenciações no tratamento jurídico voltado para as vítimas do crime de estupro consistia justamente naquele dirigido para as mulheres casadas, que, conforme demonstrado, eram submetidas a violência sexual dentro do campo da licitude, já que era moralmente correto<sup>20</sup>. Em seguida, outra diferenciação jurídica que merece destaque está relacionado com a posição social das vítimas.

O Código Penal de 1890 expressamente diferenciava a tutela penal entre as vítimas do crime de estupro. O *caput* do art. 268º com redação "Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta"<sup>21</sup> previa pena cominada de "prisão celular por um a seis anos".<sup>22</sup> Todavia, o parágrafo primeiro do mencionado artigo estabelecia um

---

<sup>19</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1967, p. 867.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304

<sup>21</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

privilégio, pois se a mulher estuprada fosse pública ou prostituta, a pena seria reduzida para seis meses a dois anos<sup>23</sup>.

Nota-se que, a posição social da mulher perante a moralidade pública fazia com que o próprio ordenamento jurídico brasileiro diminuísse a punição do infrator da norma penal se a violência sexual ocorresse contra determinadas vítimas. Ou seja, havia nitidamente uma ofensa contra a dignidade da pessoa humana, já que pessoas iguais recebiam proteção estatal diferente em razão de valores morais.

Com a promulgação do Código Penal de 1940 e a nova redação trazida para o art. 213º, a diferenciação valorativa outrora imputada para as vítimas no crime de estupro foi suprimida do ordenamento jurídico brasileiro<sup>24</sup>. Contudo, a alteração legislativa não agradou a todos os doutrinadores penalistas da época que entendiam a necessidade do magistrado reduzir a pena ao caso concreto quando a vítima do crime de estupro fosse prostituta, haja vista que a mesma não deveria gozar da mesma tutela legal que uma mulher honesta.<sup>25</sup>

Neste sentido, afirmava Magalhães Noronha<sup>26</sup> que

a meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia, arrastará por todo o sempre a mancha indelével com que poluiu o estuprador - máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido. (Grifos nossos)

Outra não seria a lição de Nelson Hungria, pois no seu entendimento "a desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la."<sup>27</sup>

Nestas hipóteses, percebe-se mais uma vez a influência dos valores socialmente atribuídos a honra e a dignidade da mulher em relação a comportamentos sexuais moralmente exigidos nos séculos XIX e XX. De fato, era lícito a mulher dispor como

<sup>23</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

<sup>24</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2016.

<sup>25</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 102.

<sup>26</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>27</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 125.



bem entendesse do próprio corpo, sendo prostituta ou tendo relação sexual como desejava. Todavia, o julgamento da sociedade perante a vida sexual desta mulher certamente seria extremamente severo e como resultado arruinaria a sua posição social, posto que determinadas condutas sexuais não eram aceitas pela moralidade pública da época quando realizadas pelo gênero feminino.

Assim, Nelson Hungria já dizia que

Só deixa de ser honesta (sob prisma jurídico-penal) a mulher fracamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição autêntica de prostituta. **Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou por mera depravação** (*cum vel sine pecúnia accepta*).<sup>28</sup> (grifos nossos)

Destarte, entendia-se ser de menor gravidade o crime de estupro praticado contra a mulher que vendia o próprio corpo ou por aquela que não se comportava de acordo com os costumes sexuais impostos naquele tempo, cabendo ao juiz, analisar no caso concreto, a condição valorativa da vítima perante a sociedade para que, se fosse o caso, reduzir a pena do autor do fato. À vista disso, a repressão penal no crime de estupro não estava relacionada a magnitude da violência sofrida por uma pessoa humana, mas aos valores morais exigidos em matéria sexual para as mulheres.

A mentalidade conservadora dos séculos XIX e XX proclamava que "a mulher se fez pudica para só se entregar ao homem escolhido."<sup>29</sup> Por este motivo, a imposição da conjunção carnal violenta a mulher virgem, honesta ou viúva causava uma repercussão social negativa muito grande perante a coletividade. Nestes casos, como a mulher tinha uma honra para zelar, o legislador brasileiro no Código Penal de 1830 estabeleceu como forma de extinção da punibilidade o casamento entre o autor do fato e a vítima, justamente como meio de reparação do dano causado à reputação da mulher<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 150.

<sup>29</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 708.

<sup>30</sup> Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

(BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 26 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lm/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lm/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2016).

Por este ângulo, a doutrina majoritária entendia que "o casamento do criminoso com a mulher por ele agravada na sua honra é, sem dúvida, reparação moral a que nenhuma outra iguala."<sup>31</sup> Isto é, a violência sexual praticada contra a mulher impactava negativamente sobre a sua reputação, honestidade e caráter, sendo jamais reconquistada senão pelo casamento com o seu agressor, pois, se não houvesse esse matrimônio, possivelmente outro homem não aceitaria se casar com uma mulher contaminada pelo estupro e essa vítima viveria para sempre perante a sociedade com às vestes da mal fama.<sup>32</sup>

Por conseguinte, como a sociedade brasileira dos séculos XIX e XX era extremamente patriarcal, o casamento entre a vítima e o criminoso, geralmente ocorria contra a própria vontade da ofendida, que por interesse da sua família acabava sendo submetida a uma nova punição.<sup>33</sup> Então, o ordenamento jurídico brasileiro acabava trazendo uma possibilidade de enfatizar a violência sexual praticada contra as mulheres, que ordinariamente eram obrigadas a se casarem e viverem para o resto da vida com um homem que anteriormente havia lhe agredido sexualmente.

Pior do que isso, quando a violência sexual praticada pelo criminoso resultasse em lesão corporal de natureza grave ou a morte da ofendida, ainda assim o casamento efetivamente realizado extinguiu a pena para o autor do fato. Logicamente que em se tratando do resultado morte, a extinção da punibilidade ocorria se a mulher morresse depois da realização do matrimônio. Assim, ressaltava Aloísio de Carvalho filho que "a superveniente circunstância, morte, não anula o efeito extintivo, que o casamento produziu, a seu tempo, plena e definitivamente, desde que válido".<sup>34</sup> Ou seja, neste aspecto, fica ainda mais evidente a importância dada pelo legislador brasileiro para os costumes morais do que a proteção da própria integridade das vítimas do crime de estupro.

Ora, a repercussão da conjunção carnal violenta fora dos padrões morais exigidos atingia profundamente a posição social da vítima, que a família ou até a própria

---

<sup>31</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304.

<sup>32</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>33</sup> CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para os crimes de estupro**. Jusbrasil. Disponível em <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Op. cit.*, 1979, v. IV, p. 304.

vítima, prevendo as consequências negativas que afetaria a sua vida, preferia se casar com o criminoso do que buscar a efetiva punição do agente, tendo em vista que os escândalos em torno disso, possivelmente acarretariam uma penalidade ainda maior para a vítima do que para o seu agressor, uma vez que aos olhos da sociedade esta sempre estaria suja e contaminada pelo estupro.<sup>35</sup>

Diante deste cenário, fica claro a impossibilidade de afirmar que o bem jurídico tutelado no crime de estupro estaria relacionado com a proteção da mulher e ainda dos seus direitos, posto que a doutrina e jurisprudência autorizava a violência sexual dentro do matrimônio, o legislador brasileiro autorizava a extinção da punibilidade do autor do fato através do casamento com a vítima (mesmo havendo lesão corporal grave e morte) e previa a redução da pena quando a vítima não fosse considerada mulher honesta.

Francamente, ao analisar o conjunto das normas penais existente no ordenamento jurídico brasileiro fica evidente que o bem jurídico tutelado no crime de estupro eram os costumes moralmente aceitos perante a sociedade brasileira dos séculos XIX e XX vinculados às relações sexuais. Sendo que, essa visão conservadora perdurou na legislação pátria até o século XXI, mesmo com a promulgação da Constituição Federal progressista em 1988.

Cabe enfatizar que o próprio Código de 1890 definia os crimes sexuais sob o título "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor"<sup>36</sup>, sendo em seguida alterado no Código de 1940, através da rubrica "dos crimes contra os costumes".<sup>37</sup>

Helena Cláudio Fragozo já sustentava que a lei nos crimes sexuais "protege basicamente um bem-interesse pessoal, o da inviolabilidade carnal, contra atos violentos e abusivos, entendendo que tais atos ofendem a moral pública sexual"<sup>38</sup>

Igualmente, Vicente Sabino Júnior, entendia que em os "fatos puníveis deste grupo é a relação que têm com a vida sexual e as normas morais. Pune a lei, não

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304.

<sup>36</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

<sup>37</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

<sup>38</sup> FRAGOSO, Helena Cláudio. **Lições de direito penal**, parte especial: art. 213 a 359 CP. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 3.

pròpriamente os fatos dirigidos contra a moralidade, mas, em especial, aquêles que ofendem a moralidade sexual.<sup>39</sup>

Em verdade, a conduta criminalizada no crime de estupro não estava relacionada com a liberdade da vida sexual das mulheres, haja vista que a sociedade obrigada o gênero feminino a se comportar sexualmente de acordo com os valores morais e religiosos exigidos pelos bons costumes. Neste sentido, enfatizava Magalhães Noronha que "mulher desonesta não é sòmente a que mercancia do corpo. É também a que, por gôzo, depravação, espírito de aventura, etc., entrega-se a quem a requesta".<sup>40</sup>

Logo, as mulheres não poderiam ter relação sexual antes do casamento, ou ter relação sexual com mais de um homem, ou ainda, recusar os desejos sexuais do seu marido. Isto porque, se tivessem a falsa liberdade de escolher, seria perversamente condenadas pela sociedade, sendo consideradas desonestas ou sofrendo violência ainda maior do seu marido através de agressão para consumir o ato sexual.

Assim, fica evidente que apenas o homem titulava o direito à liberdade sexual, pois mesmo diante da conjunção carnal violenta praticada contra uma mulher, o ordenamento jurídico brasileiro possibilitava em não aplicar a pena se o criminoso aceitasse em casar com a ofendida.

Todavia, com o avanço da modernidade, a mulher foi aos poucos ocupando uma nova posição social perante a coletividade. Se, antigamente, a mulher era vista como propriedade do gênero masculino e submetida a todo tipo de abuso sexual em nome dos valores morais conservadores, este tipo de imposição masculina não era mais aceito perante a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci<sup>41</sup> explica que

a disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época de edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de

---

<sup>39</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1967, p. 861.

<sup>40</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 3, p. 164.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. 1 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 11.

lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

Portanto, era notório a incompatibilidade entre a tutela oferecida pelas normas penais no crime de estupro com o sistema jurídico brasileiro de proteção da dignidade da pessoa humana em 1988.

Todavia, a revogação expressa dos incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal Brasileiro que previam a extinção da punibilidade do agente através do casamento com a vítima e do casamento da vítima com terceiros diante dos crimes sexuais apenas ocorreu no ano de 2005 através da Lei 11.106<sup>42</sup>.

Ou seja, mesmo com as garantias fundamentais e a igualdade de gênero trazido pelo ordenamento jurídico brasileiro em 1988, foram necessários 17 anos entre uma realidade já reconhecida pela sociedade, para o Direito acompanhar a evolução social da mulher e extirpar uma norma legal que efetivava a impunidade de agressores sexuais e reafirmava valores morais antiquados e perversos com o gênero feminino.

Em seguida, através de uma adoção de uma nova política criminal adota pelo legislador no ano de 2009 por meio da Lei 12.015<sup>43</sup> houve uma significativa alteração nas normas penais dos crimes sexuais. Primeiramente, mudou-se a nomenclatura do título que passou a ter a redação "Dos crimes contra a dignidade sexual", trazendo uma conotação mais humana, tendo em vista que não cabia mais ao Estado incriminar condutas sexuais relacionadas com questões morais e religiosas. Além disso os costumes outrora afirmados "não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos na atualidade"<sup>44</sup>

#### A expressão dignidade sexual

associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente,

---

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei nº 11.106**. Brasília. 28 março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art5)>. Acesso em: 31 mai. 2016.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei nº 12.015**. Brasília. 7 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.<sup>45</sup>

Assim, o bem jurídico tutelado no crime de estupro passa a ser justamente a liberdade sexual, o respeito a dignidade humana e os direitos da personalidade da vítima. Trata-se de tutelar os direitos da própria ofendida e não mais os costumes morais em matéria sexual exigidos perante a sociedade. "Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência"<sup>46</sup>.

## 2.2 TIPO PENAL

O Código Penal Brasileiro tipificou o estupro como sendo uma conduta criminosa, uma conduta intolerável na sociedade. Assim, ocorrendo a prática do ato previsto na norma em abstrato, surge para o Estado o direito de punir o autor do fato. Para tanto, o Estado encontra limite na própria legalidade, uma vez que só poderá exercer o seu *jus puniendi* dentro dos preceitos legais normativos.

A norma penal define a conduta criminosa e prevê a respectiva sanção para o seu descumprimento. Assim, antes do advento da lei 12.015/09, o crime de estupro era tipificado, segundo o art. 213 do Código Penal, como "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça"<sup>47</sup>.

Destarte, somente a conjunção carnal violenta constituía o crime de estupro, entendendo-se como conjunção carnal "a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a introdução do pênis na cavidade vaginal"<sup>48</sup>. Isto é, o crime de estupro só estaria configurado quando houvesse a penetração do órgão genital do homem no órgão genital da mulher, posto que de

---

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

<sup>46</sup> *Idem*. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 14.

<sup>47</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

<sup>48</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p.106.

acordo com as elementares do tipo penal a mulher expressamente tinha que ser sujeito passivo do delito e o ato deveria ser a "conjunção carnal".

Em relação aos demais atos sexuais praticados mediante violência ou grave ameaça contra vontade da vítima, o sujeito ativo incorria no crime de atentado violento ao pudor. Em outras palavras, ocorrendo a prática forçada de qualquer outro ato libidinoso que não a conjunção carnal, estaria configurado o crime de atentado violento ao pudor e este tinha pena cominada (reclusão de dois a sete anos) inferior ao do crime de estupro (reclusão de três a oito anos). Nesta hipótese, tanto homem como mulher poderiam figurar como sujeito ativo ou passivo do delito, pois o art. 214 com redação original do Código Penal de 1940 estabelecia expressamente "constranger alguém" sem definição de gênero para configuração do delito.<sup>49</sup>

Neste sentido, afirmava Nelson Hungria que " o ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média."<sup>50</sup> Em verdade, os doutrinadores daquele tempo entendiam que as relações sexuais eram consideradas normais quando havia a conjunção carnal entre os sexos opostos, sendo todas as outras manifestações sexuais consideradas anormais para a moralidade pública. Assim, ocorrendo a prática forçada de uma relação sexual dita como anormal, havia a necessidade de punir o atentado ao pudor.

Com o advento da Lei 12.015/09, o crime de atentado violento ao pudor foi unificado com o crime de estupro transformando em uma figura única delituosa denominada de estupro.<sup>51</sup> Desta forma, a nova redação do crime de estupro passou a ser, segundo o art. 213 do Código Penal Brasileiro, como ato de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso"<sup>52</sup>.

Verifica-se que com essas modificações, o crime de estupro passou a englobar todos os atos sexuais impostos com violência e grave ameaça a uma pessoa

---

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

<sup>50</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 134.

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2013, p. 27.

<sup>52</sup> BRASIL. **Código Penal**. Brasília. 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

humana, tendo em vista que o legislador acrescentou ao tipo penal a expressão "outro ato libidinoso". Ocorre que, dentro da nova ordem constitucional, por ato libidinoso entende-se como qualquer ato lascivo que tenha intuito de satisfazer a libido, o prazer sexual de outrem.<sup>53</sup>

Em seguida, analisando o núcleo do tipo penal, a palavra "*constranger* significava tolher a liberdade, implicando na obtenção forçada de conjunção carnal ou outro ato libidinoso"<sup>54</sup>. Trata-se, portanto, de obrigar, impor, subjugar a vítima para satisfação da libido do agente criminoso, ora através da conjunção carnal violenta, ora por meio de qualquer outro ato sexual.

Além disso, para que o crime de estupro seja configurado é necessário que o constrangimento ocorra mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Sendo que "o termo violência empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a *resistência* da vítima"<sup>55</sup>.

Neste caso, a coação física poderá ser empregada diretamente contra a vítima ou indiretamente, quando empregada a terceiros justamente com a finalidade de obrigar a vítima a ter a relação sexual. Todavia, conforme lição de Cezar Roberto Bitencourt, "não é necessário que a força empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento."<sup>56</sup>

Já grave ameaça é a violência moral, constituída quando o agente utiliza de meios para intimidar contundentemente a vontade da vítima ou qualquer resistência por ela imposta. Assim, grave ameaça deve "consistir em intimidação, na ameaça de um mal grave e sério, capaz de impor medo à vítima."<sup>57</sup>

Para caracterização do crime de estupro é fundamental que a vítima seja submetida a uma relação sexual contra a sua vontade mediante violência ou grave ameaça conforme explicado. Neste sentido, o dissenso da vítima deve permanecer até o final do ato libidinoso, pois, caso haja aceitação e concordância durante a relação sexual, não haverá a tipificação do delito. Em sentido oposto, quando a vítima demonstra

---

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 48.

<sup>54</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2012, v. 4, p. 50

<sup>56</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 50.



concordância no início, porém transforma a sua vontade em negativa e mesmo assim o sujeito ativo impõe a relação sexual, haverá o crime de estupro.<sup>58</sup>

Diante disso, surge uma discussão sobre o grau de resistência da vítima para consumação do delito ora estudado. Os doutrinadores mais conservadores, como Nelson Hungria<sup>59</sup>, Magalhães Noronha<sup>60</sup> e Paulo José da Costa Júnior<sup>61</sup>, por exemplo, defendiam que dificilmente uma mulher poderia ser coagida fisicamente por um homem para consumação da conjunção carnal.

Neste sentido, Paulo José da Costa Júnior afirmava que

Se não houver uma desproporção de forças do homem com relação à mulher, se a vítima não desmaiar prostrada pela fadiga, se o agente não empregar narcóticos ou instrumentos contundentes, deixando-a inanimada, dificilmente será consumado o coito. Quando muito, a tentativa de introdução do órgão, ou a cópula vestibular. Os movimentos da bacia, somados à resistência, desde que positiva e cruenta, impedirão o *summum opus*.<sup>62</sup>

Nas palavras de Nelson Hungria "um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente."<sup>63</sup>

Por fim, Magalhães Noronha enfatiza que a "simples reluta, mera negativa não podem constituir a resistência querida pela lei"<sup>64</sup>, pois não haveria violência tipificada na norma sem a resistência constante da vítima.

Ora, seguindo essa linha de raciocínio, dificilmente seria configurado o crime de estupro quando a vítima fosse obrigada a manter relação sexual através da imposição de violência física do sujeito ativo, haja vista que seria necessário a comprovação de uma resistência extraordinária que comprometesse, inclusive, a integridade física da vítima.

De acordo com esse entendimento doutrinário,

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

<sup>59</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p.122.

<sup>60</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 108.

<sup>61</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 713.

<sup>62</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>63</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Op. cit.*, 1958, v. VIII, p.123.

<sup>64</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, 1973, v. 4, p. 109.

para bem o juiz apreciar a violência do agressor e a oposição da ofendida, ensinavam ser necessário que uma resistência constante e sempre igual tivesse sido oferecida pela vítima; houvesse uma desigualdade evidente de forças entre os protagonistas; gritos tivesse dado a ofendida, chamado por socorro, e que vestígios em seu corpo demonstrassem a violência sofrida.<sup>65</sup>

Ocorre que, sob o novo prisma da ordem constitucional de 1988, é inaceitável este tipo de posicionamento para configuração do crime de estupro, uma vez que regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a vítima não deve se submeter a maiores agressões físicas ou, ainda, por em risco à própria vida para comprovar o seu dissenso na relação sexual ou evitar propriamente a conduta criminosa.<sup>66</sup>

Destaca Guilherme de Souza Nucci que "é curial afastar todo tipo de preconceito e posições hipócritas, pretendendo defender uma resistência sobre-humana por parte da vítima, a fim de comprovar o cometimento do estupro"<sup>67</sup>. Isto é, basta que a vítima "se sinta gravemente ameaçada, seja pela intimidação verbalizada seja pelo emprego de força física"<sup>68</sup> para que a conduta criminosa seja tipificada como estupro.

Nestes casos, caberá ao juiz adotando critérios de razoabilidade e proporcionalidade analisar ao caso concreto a inexistência de vontade da vítima na relação sexual, seja em decorrência do emprego de grave ameaça ou em virtude da violência física empregada pelo agente.<sup>69</sup>

Sob essa ótica de violência, cabe enfatizar que "as vias de fato e as lesões corporais de natureza leve são absorvidas pelo delito de estupro, pois fazem parte da violência empregada pelo agente"<sup>70</sup>.

Além disso, o crime de estupro permite a punição por tentativa, uma vez que sendo um crime que demanda resultado naturalístico, é plenamente possível que o agente,

---

<sup>65</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4, p. 109.

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

<sup>67</sup> *Idem*. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. 1 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 19.

<sup>68</sup> *Idem*. *Op. cit.*, 2013, p. 49 *et seq.*

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49 *et seq.*

<sup>70</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, v. III, p.460.

iniciado a execução, não consiga consumar o delito por circunstâncias alheias a sua vontade<sup>71</sup>.

Outro fator importante que integra o tipo penal é o elemento subjetivo. No crime de estupro, o agente somente poderá ser alcançado pela norma penal se sua conduta for dolosa. Cabe dizer "não é admissível a modalidade culposa, por ausência legal expressa nesse sentido"<sup>72</sup>.

Quanto aos sujeitos do delito, conforme já explicado, antes da reforma trazida pela Lei 12.015/09, somente o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, na medida em que a elementar do tipo penal estabelecia expressamente o constrangimento de mulher à conjunção carnal para tipificação do delito. Sendo que, por conjunção carnal se entende como a introdução do órgão sexual masculino na genitália feminina. Assim, por consequência, somente a mulher poderia figurar como sujeito passivo do crime de estupro.<sup>73</sup>

Como o dispositivo não se adequava a realidade social e com a unificação do crime de estupro com o crime de atentado violento ao pudor em um *único delito*, a Lei 12.015/09 estabeleceu através da nova redação do tipo penal que tanto o homem quanto a mulher poderiam figurar, indistintamente, como sujeito ativo ou passivo do crime de estupro, posto que a norma penal não estabeleceu gênero para a prática do delito ou para a própria vítima.<sup>74</sup>

Ademais, o crime de estupro será qualificado:

se da conduta do agente (constrangimento exercido com violência ou grave ameaça) resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte, atinge-se o crime qualificado pelo resultado. No caso de lesão grave, a pena eleva-se para reclusão, de oito a doze anos (mesma pena do anterior art. 223). No caso de morte, a pena passa para reclusão, de doze a trinta anos.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. 1 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p.18.

<sup>72</sup> GREGO, Rogério. *Op. cit.*, 2013, v. III, p. 465.

<sup>73</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p.124.

<sup>74</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 46

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2009, p. 24.

Nesse sentido, "inovou a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao prevê o estupro qualificado quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos"<sup>76</sup>

Pode-se resumir o entendimento da norma da seguinte maneira: O crime será qualificado quando a conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, ou quando a vítima for menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos. Sendo que, nessas hipóteses, a pena cominada no tipo penal será elevada.

## 2.5 DA PENA E DA AÇÃO PENAL

De acordo com o art. 213 do Código Penal, a pena para o crime de estupro na sua forma simples é de reclusão, devendo a mesma ser aplicada entre 6 (seis) a 10 (dez) anos. "Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) anos, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Se, da conduta, resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos"<sup>77</sup>

Quanto a ação penal, antes da reforma trazida pela lei 12.015/09, a regra era da ação penal privada, exceto quando a vítima e sua família não tinham condições de arcar com as despesas relativas ao processo, nesse caso a ação penal seria pública condicionada a representação do ofendido, ou quando o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador que a ação seria pública incondicionada.<sup>78</sup>

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula de nº 608 estabelecendo que se o crime de estupro fosse praticado mediante violência real, a ação seria pública incondicionada. Portanto, até o ano de 2009, a regra era da ação penal privada no crime de estupro com três exceções para ação penal pública ora mencionadas.

---

<sup>76</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, v. III, p. 470.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 475.

<sup>78</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. 1 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 61.

Em 2009, com a nova redação do art. 225 do Código Penal Brasileiro trazida pela Lei 12.015, a regra da ação penal no crime de estupro passa a ser pública condicionada a representação, exceto quando a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável que, nestas hipóteses, a ação penal será pública incondicionada.

Com advento da Lei 12.015/09 e o surgimento de norma específica para a matéria da ação penal no crime de estupro trazida pelo legislador federal houve a revogação tácita da súmula nº 608 do STF. Neste sentido, se o estupro for cometido com violência real que resulte lesão corporal de natureza leve, o crime será de ação penal pública condicionada a representação, em conformidade com a redação do *caput* dos art. 213 e art. 225 do Código Penal.<sup>79</sup>

Quanto as formas qualificadas pelo resultado lesão corporal de natureza grave e resultado morte no crime de estupro, o legislador federal não trouxe regramento específico no que diz respeito a natureza da ação penal. Diante dessa lacuna legislativa, alguns doutrinadores, inclusive o STJ no julgamento do *REsp 1227746/RS em 2011*, entenderam pela aplicação da regra prevista no *caput* do art. 225 do Código Penal. Isto é, se o crime de estupro resultasse lesão corporal de natureza grave ou morte, o crime deveria proceder através da ação penal pública condicionada a representação.<sup>80</sup>

Todavia, o entendimento majoritário da doutrina é que no crime de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal de natureza grave e morte, a natureza da ação é pública incondicionada em virtude do art. 101 do Código Penal Brasileiro.<sup>81</sup>

Neste sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci que

O estupro seguido de lesões graves ou morte é crime complexo em sentido estrito, pois composto por um constrangimento ilegal para obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso associado às lesões graves ou morte (constrangimento ilegal + lesão grave; constrangimento ilegal + homicídio). O elemento *lesão grave* (art. 129, §§ 1.º e 2.º, CP) comporta ação penal pública incondicionada. O elemento *morte* (art. 121, CP) igualmente. Portanto, como nessas duas últimas situações a legitimidade, incondicionada, pertence ao Ministério Público, o estupro com resultado

---

<sup>79</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

<sup>80</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2013, p. 227 *et seq.*

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 145.

lesão grave ou morte também comporta ação penal pública incondicionada.<sup>82</sup>

## 2.6 NATUREZA HEDIONDA

Segundo art. 1º, inciso V, da Lei 8.072/90<sup>83</sup>, o estupro é considerado para o ordenamento jurídico crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que se considera hediondo tanto o crime de estupro na sua forma simples (caput do art. 213 do CP) como na qualificada ( §§ 1º e 2º do art. 213 do CP).<sup>84</sup>

A Lei 8.072/90 trouxe um rol de crimes considerados pelo ordenamento jurídicos como hediondos, sendo consumados ou tentados. Através da edição normativa, o legislador demonstrou a clara finalidade de elevar a punição do agente para determinadas infrações penais que, por sua gravidade, implica em um grave dano social.<sup>85</sup>

Em outros termos, para os crimes hediondos, o legislador adotou uma *política criminal* de maior repressão penal através do endurecimentos das penas, do regime de cumprimento das penas, do sistema progressivo e da impossibilidade de fiança, anistia, graça e indulto.<sup>86</sup>

Verifica-se, portanto, que o crime de estupro é considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma infração penal que deve ser reprimida duramente pelo Estado, tendo em vista a natureza hedionda do mencionado delito.

---

<sup>82</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 227 *et seq.*

<sup>83</sup> BRASIL. **Lei nº 8.072/90**. Brasília. 25 de julho de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2016.

<sup>84</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2013, p. 77.

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 58.

<sup>86</sup> *Ibidem, loc. cit.*

### 3. AÇÃO PENAL E AS ALTERAÇÕES PRODUZIDAS PELA LEI 12.015/09

A Lei 12.015/09 trouxe significativas alterações na redação do tipo penal do crime de estupro, bem como, na regra da ação penal estabelecida para o delito em questão, ambos previstos sucessivamente no art. 213 e art. 225 do Código Penal Brasileiro.

A nova disciplina legal impactou sensivelmente na titularidade do exercício do direito de acusação diante da infração a norma penal. Sabe-se que o direito penal material estabelece as condutas ilícitas e as sanções aplicáveis para a prática ou abstenção daquele fato previsto abstratamente na norma como proibido. Assim, diante do desrespeito às normas legais, surge para o Estado, o direito de aplicar a sanção correspondente para aquela infração penal.<sup>87</sup>

Em outras palavras, quando o Estado eleva a proteção de um bem jurídico através das normas penais, demonstra que a violação daquele bem afeta gravemente a tranquilidade social, razão pela qual requer uma resposta mais severa contra aquele que agride diretamente valores de cunho fundamentais para aquela determinada sociedade.<sup>88</sup>

Entretanto, diante da prática de um fato supostamente delituoso, não cabe aos particulares aplicar a pena que entendem devida ou que esteja prevista no preceito secundário da norma penal para o autor do fato. O Estado detém o monopólio da administração da justiça e o poder de aplicar as sanções penais estabelecidas para a infração penal. Portanto, é proibido a vingança privada como modo de aplicar a pena cominada prevista abstratamente na norma penal, pertencendo somente ao Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir os infratores das normais penais.<sup>89</sup>

Desse modo, verificando-se a violação da norma penal, o Estado necessita de meios constitucionais para exercer o seu poder punitivo, haja vista a incompatibilidade da imediata aplicação da pena ao suposto autor do fato com os princípios da ampla defesa e do contraditório. Além disso, o Estado deve atuar sem arbitrariedades, preservando os direitos do acusado e possibilitando a comprovação da sua

---

<sup>87</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352.

<sup>88</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>89</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p 23.

inocência, se for o caso. Justamente por isso, o poder punitivo do Estado encontra limite na executoriedade da pena que deverá ser realizada somente através de decisão judicial prolatada em consonância com as normas legais.<sup>90</sup> Assim, vale ressaltar que "se não existe crime sem prévia cominação legal, também não há pena sem sentença condenatória".<sup>91</sup>

Note-se, portanto, que o acusado sofrerá severas consequências com o exercício do *jus puniendi* do Estado, principalmente quando se trata de ilícito penal, uma vez que a pena mais grave para o descumprimento dos preceitos primários da norma penal incriminadora atinge diretamente a esfera de liberdade do indivíduo, um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988.<sup>92</sup>

Nesse sentido,

a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu. A pretensão punitiva encontra no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse conflito em litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo.<sup>93</sup>

Assim, para que o Estado respeite o direito de liberdade do réu, deve "submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder judiciário"<sup>94</sup>, a fim de que um terceiro desinteressado possa julgar a lide de maneira imparcial, assegurando segurança jurídica a todos indivíduos que estão sujeitos a atuação estatal.<sup>95</sup>

Destarte, as normas penais somente podem ser aplicadas ao suposto autor do fato por meio de jurisdição e processo. Como o princípio primordial da jurisdição é a inércia, a mesma deve ser provocada pelas partes interessadas para que o Estado-Juiz exerça a sua função de resolução da lide.<sup>96</sup>

Em se tratando de Direito Penal, pode-se dizer que o maior interessado na composição da lide é o próprio Estado, visto que a violação das normas penais agride a sociedade como todo, haja vista o relevante valor social tutelado por esta área do Direito. Assim, para provocar a prestação da tutela jurisdicional e o respeito

---

<sup>90</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, 2013, p. 353.

<sup>91</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p.26.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p 25.

<sup>94</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p 16.

<sup>95</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>96</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 1997, p. 28.



as normas penais, o Estado deverá fazer através do Ministério Público, órgão estatal investido para essa função, e, excepcionalmente, caberá aos particulares reclamar o direito violado.<sup>97</sup>

Veja que, o direito de ação repousa exatamente no direito de invocar a prestação da tutela jurisdicional ao Estado-Juiz frente a violação das normas legais, para que após o julgamento justo e seguro, o Estado possa exercer o seu *jus puniendi*. Ora, se o Estado não pode executar imediatamente a pena diante de uma infração penal, o mesmo deverá invocar ao Estado-Juiz para que aplique a sanção prevista na norma para aquela violação.<sup>98</sup>

Registre-se ainda, que mesmo nos casos excepcionais em que o particular pode se dirigir ao poder judiciário através das ações privadas exigindo o cumprimento das normas penais, o *jus puniendi* continua pertencendo exclusivamente ao Estado, uma vez que os particulares jamais poderão aplicar a pena prevista para a infração penal praticada, pois vedado a vingança e a luta privada, conforme já mencionado.<sup>99</sup>

Pelo exposto, pode-se afirmar que o direito de acusação pertence ao Estado, que exerce a sua pretensão punitiva através do Ministério Público. Todavia, existem determinados delitos em que a titularidade para o exercício do direito de acusação pertence aos particulares, o que afeta diretamente a persecução penal dos infratores as normas penais, tendo em vista que o titular da ação penal, e portanto, do direito de invocar a prestação jurisdicional caberia apenas aquele ofendido da violação ao bem jurídico tutelado.

Diante deste contexto, é possível dizer que as alterações trazidas pela Lei 12.015/09 na disciplina da ação penal prevista para o crime de estupro impactou justamente no direito de exigir do Estado-Juiz a tutela jurisdicional para aplicação da lei penal objetiva. Conforme já explicado, o *jus puniendi* do Estado somente pode ser exercido processualmente e antes da nova redação legal, apenas o particular era o legitimado em invocar as garantias tuteladas pela legislação penal.

---

<sup>97</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal - Volume I**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 28.

<sup>98</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 348.

### 3.1 DA AÇÃO PENAL

Segundo José Frederico Marques, "a ação penal é o direito de agir exercido perante os juízes e tribunais criminais".<sup>100</sup> Sendo que, " o direito de agir, em seu aspecto geral, é o direito à jurisdição".<sup>101</sup>

A Constituição Federal assegura a todos o direito de invocar a prestação jurisdicional para cumprimento e aplicação das normas legais, pois " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"<sup>102</sup>. Do mesmo modo, esse direito se estende ao Estado quando impossibilitado de praticar determinados atos sem submeter a sua pretensão ao julgamento do Poder Judiciário.<sup>103</sup>

Note, que, o direito de punir do Estado é limitado ao devido processo legal, não podendo ser exercido de imediato diante de infrações penais. Assim, se o Estado tem o dever de reprimir as violações as normas penais e, por consequência, restaurar a ordem social, o mesmo deve levar ao conhecimento do órgão jurisdicional a sua pretensão punitiva para julgamento, pois vedado a auto-executoriedade da pena.<sup>104</sup>

Isto significa que,

se a limitação de autodefesa criou o direito de ação para os indivíduos, também a limitação da auto-executoriedade de certos atos estatais fez nascer para o Estado o direito de agir, a fim de que possa impetrar de seus juízes a aplicação da norma legal.<sup>105</sup>

Como a jurisdição é inerte e precisa ser provocada, o Estado para exercer a sua pretensão punitiva, deve fazer através da ação penal, que consiste justamente no

---

<sup>100</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 284.

<sup>101</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>102</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2016).

<sup>103</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, 1997, p.285.

<sup>104</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 368.

<sup>105</sup> *Ibidem, p. 283 passim.*

"direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo".<sup>106</sup> Trata-se, portanto, de uma garantia para a sociedade como um todo, pois nenhum indivíduo poderá ser alcançado pelo *jus puniendi* do Estado senão por meio de processo e sentença judiciária.

A ação penal, portanto, "é também um momento da persecução criminal"<sup>107</sup>, uma vez que será através deste instituto jurídico que o Estado poderá pleitear a aplicação da lei penal objetiva ao infrator da norma penal, sendo o Ministério Público, o órgão estatal investido para realizar esta função. Excepcionalmente, caberá ao particular a titularidade do direito de acusação para que promova as ações penais privadas.

"Em suma: a ação penal é o direito que tem o Estado-Administração, em face do Estado-Juiz, ao julgamento sobre o mérito de uma pretensão punitiva regulamente deduzida na acusação".<sup>108</sup>

### 3.1.2 Ação penal pública

No início da evolução do direito processual penal, o direito de acusar pertencia exclusivamente aos particulares. Assim, diante da prática de uma infração penal, inicialmente caberia aquele que teve seu bem jurídico violado por outrem o acusar publicamente. Em seguida, outras pessoas do povo, também tutelavam o direito de acusar o infrator da norma penal quando aquela conduta criminosa ofendia a sociedade como um todo.<sup>109</sup>

Diante deste cenário, pode-se afirmar que a acusação penal estava diretamente relacionada apenas aos interesses pessoais da vítima, pois a persecução criminal dependia da vontade privada para se efetivar. Outrossim, a função de demonstrar em juízo a materialidade do delito se subordinava as habilidades das partes que não encontrava nenhum apoio do Estado. Conseqüentemente, a condenação do acusado era condicionada primeiramente a vontade de perseguir do particular que

---

<sup>106</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 287.

<sup>107</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>109</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 21.

poderia preferir ficar inerte e posteriormente a capacidade de comprovar processualmente que aquele fato delituoso ocorreu.

Nota-se que a persecução criminal privada poderia levar a grandes injustiças de ambos os lados, tanto para o acusado quanto para a vítima, uma vez que o particular instigado em vingar seu suposto agressor poderia ter todos os meios para demonstrar falsamente a ocorrência de um delito, bem como, a defesa munida de melhores condições poderia inocentar facilmente delinquentes. Tratava-se, deste modo, de uma persecução voltada apenas para os interesses das partes, onde "o Estado se mostrava absolutamente indiferente com o resultado da batalha processual".<sup>110</sup>

Nesse sentido, é importante perceber que o Estado não fornecia meios adequados para efetivar a sanção penal frente ao descumprimento das normas penais. Como o direito de acusação era privado, caberia apenas aos particulares decidirem se era conveniente fazer valer a lei penal. Além disso, havia um outro grande problema em torno da privatização do direito processual penal, pois muitas vezes os particulares não tinham condições financeiras de ir exigir o cumprimento das normas em juízo, o que possivelmente possibilitava a impunidade dos criminosos.

Com a evolução da sociedade e conseqüentemente do Direito, a acusação penal sofreu grandes mudanças. Primeiramente, com o surgimento do sistema inquisitorial, o direito de acusar deixou de ser um fardo para os particulares e passou a ser função do magistrado, que por sua vez perdeu a imparcialidade do julgamento e buscava apenas comprovar através de provas a sua acusação.<sup>111</sup>

Esse sistema também não satisfazia aos interesses da sociedade, pois o acusado de cometer uma infração penal tinha seus direitos contraídos diante de uma investigação realizada por um terceiro que ao mesmo tempo julgava a sua condenação. Assim, percebeu-se a importância de separar a função de julgamento da função de acusação, tendo em vista a necessidade de existir a imparcialidade do julgamento para aplicação da norma penal de maneira mais justa e mais próxima da verdade.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 21.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>112</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Ocorre que, o Estado não poderia mais deixar a persecução criminal a livre vontade e interesse dos particulares, muito menos, permanecer com o sistema inquisitorial, que tangia os direitos do acusado. Neste sentido, o Estado buscou a separação da função jurisdicional da função de persecução criminal para coexistência de um julgamento neutro e uma acusação pública desprendida da disposição privada. Assim, houve a institucionalização do Ministério Público como órgão do Estado incumbido em realizar a persecução criminal em juízo.<sup>113</sup>

Foi por meio do Ministério Público que o Estado conseguiu alcançar uma acusação penal independente da vontade privada e ainda, sem envolvimento pessoal com todos os sentimentos que surgem com a ocorrência de um delito, como, por exemplo, a vingança. Deste modo, justamente por não haver interesse próprio na resolução do conflito instaurado, o Ministério Público busca efetivar as normas penais de maneira mais justa, defendendo os interesses da coletividade.<sup>114</sup>

Destarte,

fiel à estrutura acusatória do nosso processo penal, o Ministério Público atua inicialmente como órgão acusador do Estado, submisso ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Ao depois, diante da prova produzida, deve pugnar livremente pela correta aplicação da lei ao caso concreto, funcionando como *custos legis*, já que o Estado não tem qualquer interesse de ver acolhida uma pretensão punitiva que se demonstre como injusta, seja na sua essência, seja na sua quantidade.<sup>115</sup>

Assim, o legislador brasileiro optou por estabelecer como regra a ação penal pública promovida exclusivamente pelo Ministério Público diante de uma infração penal. Ou seja, cometido o fato delituoso e presente os requisitos para oferecimento da inicial acusatória, o Ministério Público, independente da manifestação de qualquer pessoa, deve iniciar a persecução criminal em juízo.

O Ministério Público tem o dever de dar início à ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico, ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para a sua propositura, ou seja, aquele lastro probatório mínimo que dê sustento aos fatos alegados na peça inicial de acusação.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23.

<sup>114</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 98.

<sup>115</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.*, 1988, p. 24.

<sup>116</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 702.

Nota-se que a ação penal pública é norteadada pelo princípio da oficiosidade, segundo o qual, a atuação do Ministério Público, via de regra, deverá acontecer sem provocação da vítima ou de qualquer outro interessado. Trata-se, desta maneira, de uma atuação de ofício diante da prática de uma conduta supostamente delituosa.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a regra da ação penal pública incondicionada, onde acontecendo uma infração penal, o Ministério Público, como órgão estatal acusatório, tem o dever de iniciar a persecução penal independentemente da vontade de terceiros, uma vez que o descumprimento das normas penais viola interesses de toda a sociedade e não somente daquele indivíduo que teve o seu bem jurídico violado.

Além disso, o princípio da obrigatoriedade é norteador da ação penal pública e estabelece que havendo indícios de autoria e prova da existência do fato, o Ministério Público estará obrigado a oferecer a denúncia, pois, como regra, não há possibilidade do órgão público estatal agir discricionariamente escolhendo se é oportuno ou não iniciar a persecução criminal frente a violação de normas penais incriminadoras. De fato, cumpre ponderar que atualmente o princípio da obrigatoriedade vem sofrendo mitigações, através, por exemplo, da delação premiada, do instituto da transação penal, contudo, essas são exceções da regra.

Como os bens jurídicos tutelados pela norma penal é de grande relevância social, o Ministério Público não poderia através de um juízo de conveniência e oportunidade optar em não oferecer a denúncia acusatória. Ao contrário, a sua atuação é imprescindível para fiscalização e cumprimento das leis. Neste sentido,

os processos criminais, uma vez que são obrigatórios, e devem ser iniciados mesmo que a vítima prefira perdoar e esquecer, repousam em leis cuja 'essência'...é que o crime não é cometido só contra a vítima, mas primordialmente contra a sociedade cuja lei é violada. O malfetor é levado à justiça porque seu ato perturbou e expôs a grave risco a comunidade como um todo, e não porque, como nos processos civis, indivíduos foram prejudicados e têm direito à compensação. A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente: é o corpo político que exige 'compensação', e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem de ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, não a vítima que deve prevalecer.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> ARENDT, Hannah citada na obra: **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Todavia, cumpre ressaltar que o sistema jurídico brasileiro não estabeleceu como regra absoluta a ação penal pública incondicionada. Em verdade, ao ponderar os interesses tutelados pelas normas penais incriminadoras, o Estado entendeu que determinadas infrações atingiriam significativamente os interesses individuais do ofendido e que a acusação pública poderia tornar um sofrimento ainda maior para a vítima do que a repressão do infrator a norma penal. Nestas hipóteses, embora a violação do bem jurídico tenha um valor social relevante, a persecução criminal fica condicionada a vontade do ofendido que avaliará sobre a conveniência e oportunidade de promover a ação penal.<sup>118</sup>

Observa-se que a nestes casos, a ação penal continua pública, uma vez que o Ministério Público será o legitimado em promover a persecução criminal em juízo. Entretanto, o seu agir fica condicionado a vontade e interesse da vítima ou quem tenha qualidade para representa-la.<sup>119</sup>

Por outro lado, ainda existe previsão no ordenamento jurídico brasileiro das chamadas ações penais privadas em que a pretensão punitiva do Estado fica mais subordinada ao interesse particular, pois a titularidade da ação penal é apenas do ofendido e o Ministério Público não poderá exercer a persecução criminal em juízo. Entende-se que o interesse tutelado nessas normas penais são eminentemente privados e não atingem a sociedade como um todo, restando apenas ao particular promover a ação penal.

### 3.1.1.1 Ação penal pública condicionada

Conforme acima exposto, existem determinados delitos que afetam imediatamente os interesses do titular do bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, nitidamente, o direito à intimidade. Neste sentido, a acusação pública poderia conferir visibilidade e exposição de uma situação extremamente gravosa para a vítima, acarretando maiores prejuízos do que a própria impunidade do ofensor.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382.

<sup>119</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>120</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401

Assim, o Estado conferiu ao ofendido a avaliação sobre enfrentar os possíveis impactos que a ação penal poderia provocar em sua vida particular e o interesse de punir o suposto autor do fato penal. Portanto, nos casos de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, caberá a este demonstrar através da representação a autorização necessária para que o Ministério Público inicie a persecução criminal.

O Estado somente poderá exercer a sua pretensão punitiva nos crimes de ação penal pública condicionada a representação se e somente se o ofendido autorizar a persecução criminal através da representação. Nota-se, que apesar da natureza da ação penal ser pública, o dever de agir do órgão estatal acusatório fica restringido a vontade do particular ou do Ministro da Justiça, se for o caso.

Em resumo, a ação penal pública condicionada a representação é aquela na qual o Ministério Público, titular da ação penal, somente poderá instaurar a persecução penal e oferecer a denúncia quando houver representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.<sup>121</sup>

#### *3.1.1.1.1 Da representação*

A representação consiste em uma condição de procedibilidade. Assim, diante de uma infração penal, a representação do ofendido condiciona o início da persecução criminal tanto na fase investigativa quanto na fase judicial. Ou seja, acontecido um fato supostamente delituoso, a autoridade policial somente poderá iniciar as investigações criminais, bem como, produzir o inquérito policial, somente se a vítima representar a sua concordância. Igualmente, o Ministério Público também só poderá oferecer a denúncia perante o magistrado e iniciar a persecução criminal em juízo se a vítima ou seu representante legal autorizar.<sup>122</sup>

Deste modo, mesmo que a autoridade policial evidencie a prática da conduta criminosa através de um flagrante, a abertura do inquérito policial somente poderá ocorrer com a autorização da vítima através do ato de representação. Da mesma

---

<sup>121</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 701.

<sup>122</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 204.



maneira, por mais que existam provas cabais sobre a materialidade do delito e incontestável seja a autoria da infração penal, o Ministério Público somente poderá propor a ação penal se o ofendido formular a representação, sendo que "a representação pode ser dirigida ao juiz, à autoridade policial ou ao Ministério Público".<sup>123</sup>

A representação, nada mais é, do que uma manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal, para que o Estado exerça ou não a sua pretensão punitiva em face daquele que praticou o ilícito penal. Em verdade, sempre haverá o interesse do Estado em perseguir e aplicar a lei penal ao caso concreto de uma violação. Todavia, nestes casos, há uma ponderação e prevalência em preservar a vontade do particular para que o órgão estatal não instaure o processo criminal, haja vista os direitos individuais da vítima que possivelmente restariam prejudicados.<sup>124</sup>

De fato, segundo entendimento majoritário da doutrina, a razão para com o qual o Estado condicionou o exercício da persecução criminal, e conseqüentemente, da aplicação da lei penal nos crimes de ação penal pública condicionada a representação é fundada na "preocupação do legislador com a preservação da imagem, honra ou a intimidade do ofendido..., frente aos abalos que a publicidade das audiências ou manchetes poderiam ensejar".<sup>125</sup>

Por outro lado, cumpre refletir que a subordinação da atuação dos órgãos persecutórios estatais a vontade privada através da representação pode contribuir como um meio para impunidade dos infratores as normas penais<sup>126</sup>, o que também é dever do Estado reprimir. Percebe-se, portanto, que diante do conflito de valores e interesses instaurado, ora quanto ao exercício do *jus puniendi* do Estado, ora quanto a preservação dos direitos da personalidade do ofendido, entendeu o legislador que nos crimes de ação penal pública condicionada deve prevalecer os direitos e interesses da vítima.

Neste sentido, é de extrema importância a valoração do legislador no momento de elaboração das normas para definir a natureza da ação penal em cada tipo penal do

---

<sup>123</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 317.

<sup>124</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410.

<sup>125</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 205.

<sup>126</sup> *Idem*. Op. cit., 2010, p. 205.

ordenamento jurídico. Isto porque, se a infração penal estiver subordinada aos interesses pessoais da vítima, deverá haver a preocupação também com a violação daquele bem jurídico tutelado como um bem que atinge muito mais interesses privados do que os interesses coletivos, haja vista o impacto do descumprimento da norma que ocasionaria para a harmonia da convivência em sociedade e os efeitos da reprodução da impunidade.

Além disso, a representação traz consigo outros elementos que limitam a atividade persecutória do Estado.<sup>127</sup> Segundo o art. 38 do Código de Processo Penal, o ofendido tem o prazo decadencial de seis meses contados da data do conhecimento da autoria do delito para oferecer a representação. Ultrapassado o prazo fixado para representação sem manifestação do ofendido ou de seu representante legal, haverá a decadência do direito de representação do ofendido, o que também impossibilitará a atuação estatal. Ou seja, mesmo que o ofendido, ou seu representante legal, tenha vontade de representar contra aquele que violou o seu bem jurídico, se este não fizer dentro do prazo de seis meses, haverá a decadência e igualmente o Ministério Público não poderá oferecer a denúncia.

Já o art. 25 do Código de Processo Penal estabelece que após a representação, o ofendido terá o direito de se arrepender e se retratar até o momento em que o Ministério Público não tiver oferecido a denúncia. Portanto, mesmo que haja representação, há o direito do ofendido de desistir de prosseguir com a persecução penal.

Verifica-se, portanto, que nos crimes de ação penal pública condicionada a representação, a persecução criminal e o exercício do *jus puniendi* do Estado ficam restringidos aos interesses e vontade privada.

Por outro lado, cumpre salientar que a representação não é um ato que vincula a atuação do Ministério Público, uma vez que para oferecimento da inicial acusatória, além da representação, existe a necessidade de um lastro probatório mínimo que comprove a materialidade do delito e da autoria do fato. Assim, por mais que a vítima queria representar contra seu ofensor, que supostamente cometeu uma

---

<sup>127</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 317.

infração penal, se inexistente justa causa para oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá justificadamente requerer o arquivamento dos autos.<sup>128</sup>

O Ministério Público, como órgão estatal sem interesse pessoal na lide, atua buscando o fiel cumprimento das normais penais. Neste sentido, se não há elementos mínimos que demonstrem a autoria do delito, bem como, a materialidade do fato típico, o Ministério Público não deverá propor uma ação penal contra uma pessoa somente porque a vítima entende ser devido.

### 3.1.1 Ação penal privada

Conforme já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não estabeleceu como regra absoluta a ação penal pública, tendo como órgão legitimado o Ministério Público. Em verdade, em determinados casos, a atuação dos órgãos persecutórios estatais ficam apenas condicionados ao interesse privado, porém não perdem a legitimidade de acusar publicamente os autores de um ilícito penal.<sup>129</sup>

Por outro lado, existe ainda a previsão na legislação penal brasileira da chamada ação penal privada, na qual o direito de acusar pertence exclusivamente ao ofendido ou seu representante legal, tornando conseqüentemente, o Ministério Público como parte ilegítima para propor a inicial acusatória.

A previsão no ordenamento jurídico da legitimidade extraordinária e exclusiva do ofendido como titular da ação penal tem como fundamento o interesse tutelado pela norma penal. Nos casos em que

os bens jurídicos afetados são de menor relevância ou dizem com os direitos da personalidade, e não com os interesses gerais da sociedade globalmente considerada, nada mais legítimo que assegurar-se ao ofendido o direito de decidir sobre a conveniência ou não de propor a queixa.<sup>130</sup>

Nestas hipóteses, há uma ponderação entre o interesse do Estado e o interesse do particular na repressão do autor de um fato supostamente delituoso. Percebe-se que determinadas violações penais atingem muito mais os interesses particulares do que

---

<sup>128</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 206.

<sup>129</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 321.

<sup>130</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.*, 2010, p. 106.

os interesses da coletividade. Assim, quando determinado crime afeta majoritariamente os interesses da vítima sem influir diretamente na convivência da sociedade, o legislador optou por conceder apenas a este o direito de acusar.

Na ação penal privada, o Estado não transfere ao particular o direito de exercer o *jus puniendi*, pois somente o Estado tem o direito de punir os infratores das normas penais. Como inexistente o direito de punir do particular através da vingança privada, o Estado lhe facultou apenas o direito de acusar e instaurar o processo criminal em juízo para requerer a pretensão punitiva do Estado diante de uma infração penal.<sup>131</sup>

Destarte, na ação penal privada, o titular da ação é o próprio ofendido (seus representantes ou seus sucessores) e será apenas este que em juízo exercerá o papel de acusação. Portanto, para instaurar o processo penal, deve haver a manifestação exclusiva do ofendido e mesmo que haja interesse do Ministério Público em atuar, este estará limitado na atribuição da titularidade da ação penal (art. 100, §2º, Código Penal).

Ademais, a ação penal privada é regida pelo princípio da oportunidade, segundo o qual é facultado ao ofendido ou seu representante legal propor a queixa contra aquele que cometeu a infração penal. Assim, caberá a vítima fazer um juízo de conveniência e oportunidade para propositura da ação penal, exercendo se assim desejar. Justamente ao contrário do que ocorre nos crimes de ação penal pública na qual presentes os requisitos para propor a inicial acusatória, o Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia.

Além disso, por ser uma ação que privilegia o interesse pessoal da vítima em detrimento do interesse coletivo, o ofendido poderá a qualquer tempo renunciar ao exercício da ação penal, desistir da demanda, propor o perdão judicial, conciliar, etc.<sup>132</sup> Rege, então, as ações penais de natureza privada o princípio da disponibilidade, uma vez que o ofendido ou seu representante legal poderá a qualquer tempo dispor de exercer o seu direito de acusar. Este princípio é o inverso da indisponibilidade que comanda a ação penal pública, haja vista que o Ministério Público não poderá dispor da ação penal ou de desistir de recurso já interposto (art. 42 e art. 576 do Código de Processo Penal).

---

<sup>131</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal** - Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 323.

<sup>132</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 144.

Em seguida, cumpre informar que "as ações penais de iniciativa privada classificam-se em: a) privada propriamente dita; b) privada subsidiária da pública e c) privada personalíssima".<sup>133</sup> A ação penal privada propriamente dita já foi explicada acima, sendo justamente aquelas impulsionadas pelo ofendido, seu representante legal ou sucessores.

A ação penal privada subsidiária da pública é aquela em que há inércia do Ministério Público em promover a ação penal pública dentro do prazo legal, possibilitando ao próprio ofendido de iniciar a persecução criminal em juízo através da apresentação de queixa.<sup>134</sup>

Somente caberá ao particular intentar a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública quando o Ministério Público, deixando decorrer *in albis* o prazo legal para oferecimento da denúncia, não der início à ação penal. Isso quer dizer que o direito de dar início à ação penal que, originalmente, é de iniciativa pública, somente se transfere ao particular se houver desídia, inércia do Ministério Público. Mesmo que tal inércia seja justificada, como em virtude de acúmulo de serviço, o particular pode oferecer sua queixa-crime.<sup>135</sup>

Em regra, de acordo com o art. 46 do Código de Processo Penal, o Ministério Público tem o prazo de 5 dias contados do recebimento do inquérito policial para oferecer a denúncia se o réu estiver preso, se solto o prazo será de 15 dias. Terá, ainda, os mesmos prazos contados da devolução do inquérito policial, se houver devolução para autoridade policial.<sup>136</sup> Nestes casos, havendo o encerramento dos prazos sem pronunciamento do Ministério Público, o ofendido terá o prazo de seis meses para exercer o direito de ação.

<sup>133</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 703.

<sup>134</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 867.

<sup>135</sup> GRECO, Rogério. *Op.cit.*, 2014, p. 704.

<sup>136</sup> Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação  
 § 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 04 set. 2016).

Assim, prevê o Estado uma importante hipótese para que o ofendido, diante da inércia do titular da ação penal pública, possa exigir uma tutela jurisdicional efetiva ao cumprimento das normas penais do Poder Judiciário. Todavia, é importante esclarecer que

a ação penal não se transforma em privada, mantendo a sua natureza de pública, e, por essa razão, o querelante não pode dela desistir, renunciar, perdoar ou ensejar a perempção. O Ministério Público poderá aditar a queixa, oferecer denúncia substitutiva, requerer diligências do querelante, produzir provas, retomar o prosseguimento da ação (art. 29 do CPP).<sup>137</sup>

Preserva-se, portanto, a vontade do legislador em manter a natureza pública da ação penal para os tipos penais cuja titularidade deva ser exercida pelo órgão acusatório estatal. Isto é, se em função da gravidade do delito ou do valor social relevante atribuído ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, o legislador estabeleceu a regra da ação penal pública, não poderá o particular através da queixa subsidiária afastar os princípios e regras atribuídas a persecução criminal para aquele delito.

Por último, "as ações penais de iniciativa privada tidas como personalíssimas são aquelas em que somente o ofendido, e mais ninguém, pode propô-las."<sup>138</sup> Essa hipótese foi prevista no Código Penal em decorrência da pessoalidade e intimidade que a infração penal acarretaria na esfera individual da vítima, cabendo tão somente a ela decidir acerca da propositura da ação.<sup>139</sup>

Ressalte-se que o Código Penal Brasileiro prevê no art. 236 apenas uma hipótese para o cabimento desta ação no tipo penal de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento.

### 3.2 DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

Primeiramente, cumpre registrar que antes das alterações produzidas pela lei 12.015/09 nos crimes sexuais, notadamente no crime de estupro, a tutela estatal era direcionada para o gênero feminino, tendo em vista que o texto normativo definia

---

<sup>137</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 867.

<sup>138</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I, p. 705.

<sup>139</sup> *Idem. Op. cit.*, 2014, v. I, p. 705.

estupro como constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça (redação do art. 213 do CP antes da lei 12.015/09).

Ocorre que, conforme demonstrado em capítulo anterior, ao analisar o sistema jurídico da década da promulgação do Código Penal conjuntamente com os valores sociais da época, pode-se afirmar que o bem jurídico tutelado no crime de estupro não era a liberdade sexual da mulher, muito menos, a preservação dos seus direitos e interesses.<sup>140</sup>

Em verdade, a sociedade da década de 1940 era extremamente patriarcal e conservadora, sendo a mulher encarada como uma propriedade e objeto da figura masculina. Assim, até o casamento, a mulher pertencia ao seu pai, que posteriormente lhe entregava para outro homem contra a sua vontade passar o resto da vida. Então, a mulher não tinha uma grande proteção do Estado, pois a sua vontade era irrelevante para a sociedade como um todo.<sup>141</sup>

Diante deste contexto, percebe-se nitidamente o reflexo destes valores sociais na tipificação do crime de estupro, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora era a proteção e preservação dos costumes moralmente aceitos naquela época.

Como se sabe, a mulher tinha o papel e o dever moral de se casar virgem, sendo a sua função zelar pelos interesses do seu pai e posteriormente do seu marido. Assim, aquela mulher que sofria abusos sexuais perdia a sua pureza, ora porque não seria mais virgem, ora porque estaria suja de outro homem que não o seu marido e este era o intuito da norma penal incriminadora, preservar o direito do homem (pai ou marido) em manter a mulher no seu estado de pureza.<sup>142</sup>

O Estado precisava conter a conduta inapropriada daquele homem que não preservava os costumes socialmente relevantes naquela sociedade, quais sejam, o homem somente poderia ter relação sexual com uma mulher "honesta" após o casamento e além disso, não poderia ter relação sexual com uma mulher casada. A

---

<sup>140</sup> CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para os crimes de estupro.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>>. Acesso em: 03 jun.2016.

<sup>141</sup> *Ibidem.*

<sup>142</sup> CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para os crimes de estupro.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>>. Acesso em: 03 jun.2016.

relação sexual forçada poderia existir, desde que ocorresse dentro do matrimônio, tendo em vista que a mulher era tida como propriedade do seu marido e jamais poderia recusar em atender a vontade sexual deste.<sup>143</sup>

Sustentava-se que o casamento impunha deveres conjugais para a mulher, que deveria obrigatoriamente atender os desejos sexuais do seu marido. Portanto, quando uma mulher era violentada por seu marido, não haveria ilícito penal. Neste sentido, Nelson Hungria<sup>144</sup> defendia que "o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (...), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito*".

Nota-se que a preocupação do legislador brasileiro era preservar os costumes da sociedade e, portanto, punir aquele que atentasse contra os valores morais da época. Não havia uma proteção da vítima feminina através da tipificação do crime de estupro. Se, naquela época, a mulher era obrigada a manter relações sexuais contra a sua vontade com um marido possivelmente escolhido e imposto por seu pai, não há que se falar em proteção da sua liberdade sexual.

O estupro, naquele tempo, causava um verdadeiro escândalo para a família cuja mulher havia sido violentada. Se a mulher ainda não era casada e, possivelmente virgem, o ato sexual forçado era extremamente vergonhoso para sua família, uma vez que dificilmente haveria um homem sujeito a casar com uma mulher deflorada. Ou seja, a indignação não era decorrente da violação e dos abusos sofrido pela vítima, mas pelo vexame que sua família teria que encarar com o ato sexual de uma mulher valorada como honesta fora dos padrões morais exigidos.<sup>145</sup>

Em outras palavras, a revolta social não era caracterizada pelo sofrimento da vítima ao ser submetida a uma relação sexual forçada, mas sim pela vergonha do ato ser praticado fora do casamento. Diante disso, a vítima de estupro, apesar de todo sofrimento que era obrigada a suportar acabava recebendo uma punição maior

---

<sup>143</sup> CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para os crimes de estupro.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>>. Acesso em: 03 jun.2016.

<sup>144</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal** - Volume VIII. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 126.

<sup>145</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304.



perante a sociedade que julgava e recriminava o seu caráter, pois o gênero feminino deveria se resguardar.

Neste sentido, o legislador brasileiro criou uma hipótese para que o agressor da vítima de estupro pudesse reparar o mal causado a família da vítima, estabelecendo no art. 107, VII do Código Penal, a extinção da punibilidade do agente através do casamento com a vítima ou, ainda, a extinção da punibilidade do casamento da vítima com terceiros.<sup>146</sup> Ou seja, se o agressor aceitasse casar com a vítima, o ordenamento jurídico brasileiro não lhe imputaria pena alguma. Ora, através do mencionado dispositivo, resta claro que o legislador brasileiro não tutelava a proteção da liberdade sexual da vítima, pois previa em não aplicar a pena ao estuprador, se houvesse o casamento dele com a vítima.

Assim, diante da repercussão social que o crime de estupro poderia causar negativamente a família e a própria vítima, bem como, por considerar eminentemente privado o bem jurídico tutelado no crime de estupro, entendeu o legislador conceder, como regra, somente a ofendida ou seu representante legal o direito de acusar publicamente o infrator da norma penal. Portanto, inicialmente a ação penal no crime de estupro era privada e ao longo da evolução da sociedade foi sendo modificada conforme será demonstrado a seguir.

### **3.2.1 Da ação penal antes da lei 12.015/09**

Até o ano de 2009, a ação penal prevista para o crime de estupro era, em regra, de natureza privada, cabendo a vítima ou seu representante legal a faculdade de perseguir em juízo o suposto autor da infração penal.

Em exceção a regra, havia previsão normativa da ação penal pública para o crime de estupro em duas hipóteses. Seria ação penal pública condicionada a representação se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (antiga redação do art. 225, §1º do CP). Por outro lado, a ação seria pública

---

<sup>146</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (antiga redação do art. 225, §2º do CP).

A ação penal privada, conforme já explicado, é exceção no ordenamento jurídico brasileiro e somente é prevista para os crimes cuja violação acarretam maior lesão ao particular do que a sociedade como um todo ou quando o bem jurídico tutelado afeta sensivelmente os direitos da personalidade do ofendido que devem prevalecer em face da persecução criminal.

O legislador brasileiro ao estabelecer a regra da ação penal privada no crime de estupro entendeu que caberia somente ao particular julgar a conveniência e a oportunidade em exercer o direito de acusar e pleitear perante ao Estado a aplicação da sanção penal contra o suposto autor do crime de estupro.

Nota-se, portanto, que diante da infração a norma penal do crime de estupro, o Estado ficava inerte e deixava a árdua tarefa de perseguir o criminoso em juízo aos particulares, que sozinhos deveriam lutar pelo respeito as normas penais.

Segundo Nelson Hungria<sup>147</sup>, a natureza privada da ação penal no crime de estupro "Justifica-se o sistema: nos crimes sexuais, que afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o *silêncio* ao *strepitus judicii* em tórno dêles". Ou seja, a repercussão negativa de um valor moralmente imputado as vítimas deveria prevalecer ao direito de punir do Estado e, conseqüentemente, a impunidade do agressor.

Percebe-se que o escândalo do processo penal estava muito mais ligado aos costumes socialmente aceitos na época do que a gravidade da lesão sofrida pela vítima de violência sexual. A acusação perante o Estado possivelmente tornaria pública a forçada relação sexual sofrida pela vítima fora dos padrões morais exigidos, o que afetaria sensivelmente a honra da vítima perante a sociedade. Isto é, a liberdade sexual em si não era o bem jurídico tutelado pelo Estado, mas sim o valor moral imputado a vítima.

Neste sentido, a visibilidade do processo criminal tornaria a vítima de estupro outra vítima da sociedade que passaria a julgá-la e recriminá-la como uma mulher indecente e imoral por ter mantido relação sexual fora ou antes do casamento. Foi

---

<sup>147</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal** - Volume VIII. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 247.

assim que o legislador brasileiro entendeu ser necessário preservar o interesse da família e da própria vítima que poderia preferir em não se expor a julgamentos machistas e perder a sua honra e dignidade perante a sociedade do que exercer a pretensão punitiva contra seu agressor.

Se por um lado, havia o interesse de punir o infrator a norma penal, também existia o interesse da família e da vítima em preservar a honra da ofendida através do silêncio, pois a acusação penal poderia causar maiores lesões a vítima do que a própria impunidade do estuprador diante dos valores morais estabelecidos pela sociedade da época.

Em outro ponto de vista, há também a justificava que no crime de estupro deve prevalecer o direito à intimidade e privacidade da vítima em não se expor através do processo criminal, tendo em vista que a exposição dos fatos poderia implicar um grande constrangimento para ofendida.

Assim, segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>148</sup>,

Ninguém, instituição alguma tem legitimidade para substituir a vontade da vítima, isto é, em hipótese alguma o Estado tem interesse maior na proteção da intimidade, da privacidade e da liberdade sexual da vítima do que ela própria. Somente esta pode avaliar adequadamente a dimensão da sua dor, do seu sofrimento, da sua angústia, e, especialmente, a sua capacidade de enfrentar a *repercussão espetaculosa* que esses fatos produzem no meio social e midiático, e, inclusive, as especulações que normalmente ocorrem no seio do sistema repressivo penal.

Contudo, paradoxalmente, o próprio legislador brasileiro optou por tutelar a acusação pública em detrimento do direito à intimidade da vítima quando o crime fosse praticado com abuso do pátrio poder ou na condição de padrasto, tutor e curador. Que dizer, se o suposto autor do fato fosse o pai, padrasto, tutor ou curador da vítima, a persecução penal seria instaurada de ofício, independentemente da vontade da ofendida.

Ora, se a mulher fosse abusada sexualmente por terceiros não previstos na hipótese normativa acima mencionada, a natureza da ação penal seria privada e haveria a necessidade de preservar o direito à intimidade da vítima e da sua família. Todavia, se o crime fosse praticado por um homem na qualidade de pai, padrasto, tutor ou

---

<sup>148</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 143.

curador, o Estado entendia que a vítima deveria ter o seu direito à intimidade prejudicado.

Nesta ocasião, o crime de estupro era tipificado como o constrangimento à conjunção carnal entre homem e mulher mediante violência e grave ameaça pelo sexo masculino. Sendo que, o ato de obrigar uma mulher a ter conjunção carnal violenta praticado por um homem que tenha vínculo familiar (no caso, de pai, padrasto, tutor, ou curador) com a vítima é muito mais gravoso e mais constrangedor do que se cometido por outro sujeito. Ora, nestas hipóteses, não haveria de se questionar o direito à intimidade da vítima?

Em verdade, percebe-se que o Estado não tutelava o direito à intimidade da ofendida, visto que quando o crime era praticado por determinados sujeitos, a vítima seria obrigada a suportar todo o possível constrangimento do processo independentemente da sua vontade.

Conforme narrado, em séculos passados, a mulher era considerada propriedade do sexo masculino e antes do casamento, seu pai deveria zelar por sua honra e dignidade. Assim, se sua filha fosse violentada sexualmente, a repercussão social negativa atingiria imediatamente ao pai de família, pois o ato seria considerado moralmente um vexame perante a família. Neste sentido, a ação deveria ser privada, justamente para preservar a família e a vítima das consequências da exposição do fato.

Todavia, se o sujeito ativo do delito fosse um pai de família, o crime de estupro provavelmente causaria maior espanto na sociedade e comoção quanto a vítima, posto que estávamos diante de uma sociedade patriarcal e religiosa. O foco, portanto, mudava da família para a vítima. Nesta hipótese, entendeu o legislador que o exercício da pretensão punitiva do Estado deveria ocorrer independentemente da vontade da ofendida, preconizando uma proteção maior ao bem jurídico tutelado.

Por outro lado, a ação penal também seria pública se a vítima não pudesse arcar com as despesas processuais sem prejuízo da própria sobrevivência ou da sobrevivência da sua família, sendo neste caso, condicionada a representação. Nesta hipótese, o Estado diferenciava o exercício da ação penal quanto ao estado de pobreza das vítimas.

Ou seja, se o crime de estupro fosse praticado contra uma mulher carente de recursos, a atuação persecutória deveria ser do órgão acusador estatal e após o oferecimento da denúncia, a vítima não poderia desistir ou renunciar da ação penal, bem como, perdoar o suposto autor do fato. Neste sentido, se durante o processo, a vítima se arrependesse da representação, a mesma deveria suportar até o final a perseguição criminal.

Todavia, se a vítima que tivesse condições financeiras, poderia a qualquer tempo desistir da ação penal, sendo-lhe fornecido todos os meios decorrentes da natureza privada da ação para realizar um juízo de conveniência e oportunidade a qualquer tempo sobre o processo criminal.

Portanto, resta claro a presente contradição das normas penais que impede permanecer o argumento de preservação do direito à intimidade e privacidade da vítima no crime de estupro. Além disso, diante dos valores morais incorporados nas normas penais incriminadoras do delito de estupro e dos diferentes tratamentos direcionado para as vítimas, pode-se concluir que o Estado não tutelava o direito à intimidade da vítima, muito menos, a sua liberdade sexual.

Como o Estado não empregava proteção adequada ao bem jurídico da liberdade sexual e ainda subordinava o exercício e sucesso da pretensão punitiva, como regra, a vontade dos particulares, a aplicação da sanção penal para o crime de estupro dependia primordialmente do interesse privado.

Ora, se a sociedade como um todo julgava a honra e dignidade da mulher vítima de violência sexual, sem prestar nenhum apoio e o Estado, por sua vez, diante do crime, ficava inerte por não oferecer, como regra, a titularidade da ação para o Ministério Público exercer a pretensão punitiva contra o suposto autor do fato, a vítima, na maioria das vezes, preferia se manter em *silêncio*. Inclusive, ainda, porque muitas vítimas não tinham como suportar o ônus financeiro que o exercício da ação penal gerava.

Neste sentido, acontecido um fato supostamente delituoso previsto como crime de estupro, o Estado não movimentava os seus órgãos acusatórios para requerer a condenação e aplicação da sanção penal prevista para o crime ao suposto autor do fato. A condenação do criminoso ficava a mercê da vontade dos particulares em

apresentar a queixa e conseguir a árdua tarefa de perseguir em juízo o próprio agressor.

Cabia exclusivamente a vítima, sem apoio da sociedade e do Estado, que em regra, permanecia inerte, a busca pela efetivação do Direito Penal objetivo ao caso concreto da sua violação. Diante disso, possivelmente muitas mulheres preferiam não exercer o direito de acusar o seu agressor, permanecendo este impune às infrações penais.

Destarte,

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra a sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a muitas vezes ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. **A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial,** fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra*.<sup>149</sup> (Grifo nosso).

### 3.2.1.1 Súmula 608 do STF

Em 1984, após reiterados julgamentos, o Supremo Tribunal Federal sumulou seu entendimento à respeito da natureza da ação penal no crime de estupro quando a violência empregada na vítima resultasse qualquer tipo de lesão corporal.<sup>150</sup> O enunciado da súmula em comento de nº 608 estabelece que "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação é pública incondicionada."

Diante da edição da súmula de nº 608, parte da doutrina defendeu que o Supremo Tribunal Federal adotou este posicionamento por entender que o estupro praticado mediante violência real seria considerado crime complexo de acordo com a norma prevista no art. 101 do Código Penal, pois a violência resultaria também no crime de lesão corporal leve cuja ação penal prevista era pública incondicionada.

Ocorre que, com a edição da Lei 9.099/95, o crime de lesão corporal leve passou a ser de ação penal pública condicionada a representação do ofendido, o que ocasionou diversos questionamento do preceito sumular perante a Corte Superior.

---

<sup>149</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, v. III, p. 461.

<sup>150</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

Todavia, apesar de todas as críticas, o Supremo Tribunal Federal em 1996 manteve o seu posicionamento.<sup>151</sup>

No entanto, outra parte da doutrina, como Guilherme de Souza Nucci<sup>152</sup>, defende que a criação da súmula de nº 608 decorre de uma política criminal adotada pela Suprema Corte para proteger as mulheres vítimas do crime de estupro que não procuravam a autoridade policial para relatar a violência sofrida seja em razão do medo, para não sofrerem julgamentos preconceituosos ou comentários ofensivos.

No mesmo prisma, afirma Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>153</sup>:

de regra, os crimes de estupro, em quantidade extraordinária e alarmante, são cometidos mediante violência da qual resulta lesão leve, o STF, provocado por meio de recursos e *habeas corpus*, e **procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes**, guindou-os à posição de crime de ação penal pública incondicionada. (grifo nosso)

### 3.2.2 Da ação penal após a vigência da lei 12.015/09

Apesar da promulgação da Constituição Federal em 1988, foi somente no ano de 2009 que o legislador brasileiro alterou as normas previstas para os crimes sexuais, dentre eles, o crime de estupro ora estudado.

Com a nova redação do art. 225, *caput*, do Código Penal Brasileiro, a natureza da ação penal no crime de estupro passa a ser pública, extirpando de vez do ordenamento jurídico todas as hipóteses de ação penal privada prevista para os crimes sexuais. A regra, então, ficou da ação penal pública condicionada a representação do ofendido, excetuando se o crime for cometido contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, quando a ação penal se torna pública incondicionada.

O direito de acusar pertence exclusivamente ao órgão do Ministério Público, embora o seu exercício esteja condicionado a vontade da vítima. Assim, a titularidade da ação penal que antes era apenas do ofendido, tornou-se de exclusividade do órgão acusador estatal, o que trouxe relevantes impactos na persecução criminal no delito de estupro decorrente da nova política criminal adotada pelo legislador brasileiro.

---

<sup>151</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 446.

<sup>152</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

<sup>153</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, 2013, p. 447.

Com a inovação legislativa, a persecução criminal em juízo tornou-se atividade do Estado, não cabendo mais aos particulares a árdua tarefa de acusar o suposto autor do fato em juízo. Agora, sendo vontade da vítima, independentemente da sua condição financeira, poderá o Estado exercer a sua pretensão punitiva contra o infrator da norma penal. Deste modo,

afasta-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção à intimidade, evitando-se o escândalo do processo. Ora, toda a ação passa a ser pública condicionada a representação, o que confere aos crimes sexuais maior coerência. Se a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz, basta não representar. Porém, fazendo-o, caberá ao Ministério Público agir.<sup>154</sup>

#### 4. ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO

Diante da nova política criminal adotada pelo legislador pátrio nos crimes sexuais em 2009, toda ação penal no crime de estupro se tornou pública. Todavia, em decorrência de argumentos existentes na doutrina desde a edição do Código Penal de 1940, a persecução criminal no mencionado delito ficou, como regra, condicionada a representação do ofendido.<sup>155</sup>

Em verdade, aqueles que defendiam a privatização da ação penal nos crimes sexuais argumentavam sobre a necessidade de preservar o direito à intimidade da vítima, que muitas vezes, poderia preferir o silêncio ao escândalo do processo.<sup>156</sup>

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci<sup>157</sup>, afirma que a alteração legislativa trouxe maior sentido para a persecução penal nos crimes sexuais, pois sendo de natureza pública, caberá ao Ministério Público o exercício da ação penal e por outro lado, sendo condicionada a representação, há preservação do direito à intimidade da vítima que poderá escolher entre enfrentar o processo criminal ou silenciar por não oferecer a representação necessária para o início da persecução criminal.

---

<sup>154</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 62.

<sup>155</sup> *Idem*. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

<sup>156</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>157</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*



Em outro ponto de vista, Cezar Roberto Bitencourt<sup>158</sup>, defende que a publicização da ação penal nos crimes sexuais foi um grande *equivoco ideológico*, pois, segundo o seu entendimento, a vítima seria a maior interessada em proteger a sua intimidade, privacidade e liberdade sexual.

De fato, o argumento do direito à intimidade da vítima foi determinante para estabelecer a natureza da ação penal privada à época da edição do Código Penal de 1940, bem como, utilizada para determinar a condição de procedibilidade na regra da ação penal pública após a alteração legislativa em 2009. Por esse motivo, se faz necessário analisar aprofundadamente o sentido atribuído a este argumento desde o tempo do seu nascimento histórico.

#### 4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À INTIMIDADE NO CRIME DE ESTUPRO

Primeiramente, cabe salientar que " o direito, enquanto modelo jurídico-social, acompanhou o desenvolvimento da humanidade, estabelecendo, a cada época, uma determinada *axiologia social*."<sup>159</sup> Portanto, para que possamos entender uma dada norma jurídica, precisa-se deslocar para época da sua elaboração legislativa e o contexto histórico na qual foi inserida, haja vista o reflexo que os valores sociais produzem na construção do direito.

Conforme demonstrado em capítulos anteriores, nos crimes sexuais, o direito à intimidade e à privacidade da vítima surgiram através de um discurso patriarcal voltado para atender valores morais de uma sociedade extremamente conservadora, pois, estes direitos estavam relacionados com a exposição de relações sexuais fora dos padrões moralmente aceitos na sociedade brasileira dos séculos XIX e XX.

No crime de estupro, especificamente, a publicidade da conjunção carnal violenta provocava uma grande repercussão social negativa sobre a honra e a dignidade da vítima, tendo em vista que a vida sexual da mulher estava restritamente ligada a

---

<sup>158</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 142.

<sup>159</sup> WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 2.

moralidade pública.<sup>160</sup> Portanto, naquela época, a gravidade do delito estava relacionada diretamente com o desrespeito aos costumes morais em matéria sexual e não a agressão física e psicológica sofrida pela vítima.

Neste sentido, já entendiam os doutrinadores da época, que o interesse particular da vítima era maior do que o interesse público em perseguir o infrator da norma penal, haja vista que a publicidade do processo criminal acarretaria um sofrimento ainda maior para a vítima do que a aplicação do Direito Penal Objetivo ao caso concreto.<sup>161</sup>

Magalhães Noronha sustentava que

se não houvesse a ressalva da ação penal privada, poderíamos até ir ao extremo de assistir à estranha luta do promotor público não só com o réu, mas também com a vítima. Máxime nos crimes contra os costumes, **isso afetaria a própria moral**. Atirar-se-ia sobre a ofendida, além do escândalo do crime, do estrépito do processo, a suspeita infamante da venda da honra, quando, entretanto, o que ela deseja é silêncio.<sup>162</sup> (Grifo nosso)

Portanto, é importante salientar que o sofrimento doloroso da vítima no processo criminal estava relacionado com a exposição de fatos que afetariam o seu valor social.<sup>163</sup> Através da repercussão do crime de estupro, a vítima perderia a sua reputação tão estimada em uma sociedade patriarcal e passaria a ser vista com fama duvidosa aos olhos dos demais indivíduos.<sup>164</sup> Em razão disso, muitas vezes, a vítima preferia silenciar a violência sofrida do que expor o delito por meio do exercício da ação penal, tendo em vista o provável julgamento depreciativo que a sociedade faria em torno da sua honra.

Por outro lado, o exercício da ação penal privada no crime de estupro estava muito mais relacionado com o interesse privado em comercializar a honra da vítima do que a própria punição do infrator de uma norma penal tão relevante, haja vista que até o século XIX, existia previsão da pena de dotar a ofendida no Código Penal Brasileiro.

<sup>160</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304

<sup>161</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1, p. 421.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>163</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 246.

<sup>164</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Op. cit.*, 1979, v. IV, p. 304.

Sendo que, o dote significava a entrega de bens ou dinheiro em razão do casamento.<sup>165</sup>

Deste modo, o pensamento da época era que a relação sexual forçada fora dos padrões morais marcava negativamente a honra da vítima para o resto da vida, o que deveria ser reparado pelo agressor através do dote (até 1890) ou do casamento (até 2005)<sup>166</sup>. Em suma, nas palavras de Viveiro de Castro, "a ação privada seria sempre oportunidade para mercadejar com a honra da ofendida"<sup>167</sup>.

Logo, cabe salientar, que a repercussão do delito era tão devastador na vida da vítima que o próprio ordenamento jurídico brasileiro trazia a possibilidade de não aplicar a pena ao criminoso caso este reparasse o dano causado a vítima através do casamento. Casamento, que muitas vezes, era imposto pela família da vítima para recuperar a honra perdida da ofendida e da própria família, o que provavelmente submeteria a ofendida à uma vida de agressão.

Aloísio de Carvalho Filho já afirmava que "a condenação do agente, atendendo, embora, à exigência social da punição, não produz resultados tão cabais. Alguma coisa resta, carecendo de proteção legal, e é a virgindade da mulher, conspurcada, a sua honra poluída".<sup>168</sup>

Isto é, havendo casamento entre a vítima e seu agressor, ou entre a vítima e um partícipe, por exemplo, a pena seria extinta para todos. Neste sentido, enfatiza Aloísio de Carvalho Filho,

casando o ofensor com a vítima, desaparece a responsabilidade dos demais participantes do crime. Reparada a lesão, o interesse é o silêncio sobre o fato. Continuar o processo, para serem punidos os co-partícipes, autores ou cúmplices, seria romper esse silêncio, com manifesto prejuízo para a família recém-constituída.<sup>169</sup>

Ou seja, o direito à intimidade da vítima surgiu em um contexto histórico em que a proteção dessa intimidade estava relacionada com a repercussão social negativa que o delito ocasionaria na vida particular da vida.

<sup>165</sup> Viveiros de Castro *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1, p. 421.

<sup>166</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 312.

<sup>167</sup> Viveiros de Castro *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, 1973, p. 421.

<sup>168</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>169</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 312.

Logo, nos crimes sexuais, o interesse pessoal da vítima preponderava, inclusive, sobre o direito punitivo do Estado haja vista que a repressão penal ficava subordinada ao exercício da ação penal privada e ainda, a possibilidade de extinção da pena para o criminoso através do matrimônio com a vítima (instituto de interesse privado).

#### 4.2 O PAPEL DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

O Direito Penal, conforme ensinamentos de Claus Roxin<sup>170</sup>, possui uma função social que deve orientar o legislador no momento da elaboração das normas penais incriminadoras. Sendo que, essa função social consiste na garantia de uma convivência harmônica e pacífica em sociedade que outros meios não conseguem oferecer sem restringir potencialmente a liberdade do cidadão.<sup>171</sup>

Por esse motivo, a finalidade das normas penais não está voltada para assegurar diretamente aos interesses pessoais de um determinado indivíduo. Ao contrário, as infrações penais agredem a coexistência pacífica e segura da coletividade que deve ser garantida pelo Estado.<sup>172</sup> Isto é, o Direito Penal tem por objetivo proteger valores socialmente relevantes para a convivência humana.<sup>173</sup>

Portanto, a infração das normas penais não correspondem preponderantemente a violação dos direitos e interesses da vítima, haja vista o real significado dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Assim, a aplicação da sanção penal ao autor de uma ilícito penal está relacionada com os interesses da coletividade, por afetar e agredir valores de ordem pública considerados essenciais para existência da própria sociedade.<sup>174</sup>

Neste sentido, enfatiza Afrânio Silva Jardins que

a aplicação de uma determinada sanção penal não está voltada para a satisfação retributiva da vítima, embora se possa reconhecer como natural a

---

<sup>170</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**: org. e trad, André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livaria do Advogado Editora, 2009, p. 16 *passim*.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>173</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 12.

<sup>174</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

sua vontade de ver punido o agressor. A pena não tem função de reparar o dano causado, não tem caráter reparatório.<sup>175</sup>

Ou seja, a participação da vítima no processo penal tem natureza secundária<sup>176</sup>, considerando-se que, em elevado grau, os bens jurídicos tutelados por este ramo do Direito são públicos e sociais, cabendo uma atuação obrigatória do Estado para reprimir esses tipos de infração.<sup>177</sup>

Por isso, há na doutrina, inúmeras críticas relacionadas com a existência da ação penal de exclusiva iniciativa privada no ordenamento jurídico pátrio. Primeiro, fala-se que ao transferir a titularidade do exercício da persecução criminal em juízo aos particulares (ofendido, representante legal ou sucessores), o Estado proporciona uma grande margem de discricionariedade para acusação do infrator da norma penal.<sup>178</sup>

Em seguida, sustenta-se que haveria a contaminação da acusação com os desejos de vingança do ofendido que, possivelmente, não teria a capacidade de agir com imparcialidade para requerer a resposta estatal adequada ao litígio penal.<sup>179</sup>

Ressalta, ainda, Aury Lopes Junior que

Perigosa é a *privatização do processo penal*, pela admissão da cumulação de uma pretensão indenizatória (interesse que motiva o assistente da acusação). Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e *eficiente* (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro.<sup>180</sup>

Partindo desses postulados ora mencionados existe uma proposta por meio da Comissão que elabora o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal para alteração do regramento jurídico e supressão do instituto da ação penal de natureza

<sup>175</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 12.

<sup>176</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 37.

<sup>177</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.*, 1988, p. 45.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>179</sup> LOPES JUNIOR, Aury; CARVALHO, Salo de; **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101 *passim*.

<sup>180</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

privada do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a natureza da ordem pública e os interesse tutelados através do ramo do Direito Penal.<sup>181</sup>

Em suma, o Direito Penal não tem como objetivo a reparação do dano suportado pela vítima, ao contrário, as normas jurídicos penais tem como finalidade precípua a defesa dos bens jurídicos que afetam a convivência em coletividade. Isto é, o papel da vítima não supera o da sociedade no Direito Penal e Processual Penal.

#### 4.2.1. O papel da vítima no crime de estupro

Para o Direito Penal, o papel da vítima no crime de estupro não é diferente, tendo em vista que ao tipificar uma conduta como criminosa, o legislador brasileiro demonstra a relevância daquele bem jurídico tutelado para toda a sociedade, ainda mais quando este delito é elevado a categoria de crime hediondo. Isto é, no crime de estupro, o interesse particular da vítima não é maior do que o interesse público, considerando a necessidade da proteção desses bens jurídicos através da esfera penal.

Nota-se que, ao longo dos séculos passados (mais precisamente XIX e XX), a doutrina e a jurisprudência brasileira construíram a ideia predominante de que no crime de estupro haveria a sobreposição do interesse pessoal da vítima ao interesse público em virtude dos valores morais agregados em matéria sexual a natureza dessa conduta criminosa, além da repercussão social negativa que gerava em torno da honra e dignidade da vítima.

Neste sentido, os doutrinadores argumentavam que ocorrendo a infração penal no crime de estupro, o interesse maior seria o *silêncio* da vítima do que a própria persecução penal, pois, naquela época, o processo criminal possivelmente devastaria completamente a vida da ofendida.<sup>182</sup> Ou seja, havia nos séculos XIX e XX a necessidade de esconder a violência sexual suportada pela vítima, uma vez

---

<sup>181</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 145.

<sup>182</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1, p. 422.

que a exposição desses fatos comprometeriam a posição social da ofendida como mulher honesta na sociedade.<sup>183</sup>

Em razão disso, verifica-se que essa construção doutrinária reflete valores morais existente na sociedade brasileira conservadora de séculos pretéritos. A violência sexual praticada contra uma pessoa humana acabava prejudicando a sua própria dignidade perante a sociedade, que defendia a honra da mulher a partir de critérios morais relacionados com sua vida sexual<sup>184</sup>. Além disso, a exposição da relação sexual forçada através do processo criminal, acabava destruído a vida da vítima que não encontrava apoio, inclusive, do próprio Estado conservador.

Por isso que se não houvesse escapatória e o delito ficasse amplamente conhecido, o ordenamento jurídico trazia uma solução: dotar a ofendida ou casar a vítima com o próprio agressor, partícipes ou terceiros<sup>185</sup>. Logo, a vítima no crime de estupro acabava sendo punida mais de uma vez, primeiro com a violência sexual, segundo com o julgamento depreciativo da sua honra pela sociedade e terceiro com o casamento com o seu agressor (sabe-se que na grande maioria das vezes a vítima era obrigada ao matrimônio pela própria família).

Por outro lado, ocorrendo o crime de estupro e não existindo a exposição dos fatos, a vítima poderia e deveria suportar a violência sexual sofrida em silêncio ao invés de buscar a justiça criminal, uma vez que se exercesse a ação penal privada, o processo penal possivelmente destruiria a sua vida social.<sup>186</sup>

Resumindo, esse posicionamento doutrinário de priorizar o interesse pessoal da vítima em relação ao interesse público no crime de estupro, reforçava ainda mais a violência sexual praticada contra a mulher (que ao suportar a violência em silêncio, não buscava a efetivação das normas jurídicas penais) e a impunidade dos infratores penais.

Ocorre que, apesar da evolução social do gênero feminino e da superação da criminalização de condutas a partir de valores morais, ainda encontramos autores

---

<sup>183</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV, p. 304.

<sup>184</sup> HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 150.

<sup>185</sup> CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Op. cit.*, 1979, v. IV, p. 304.

<sup>186</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1, p. 422.

defendendo a supremacia do interesse privado nos crimes sexuais com um discurso baseado neste posicionamento pretérito da doutrina.

Assim, Cezar Roberto Bitencourt<sup>187</sup> defende veemente que a natureza da ação penal nos crimes sexuais (dentre eles, o estupro) deve ser de natureza privada, tendo em vista que, no seu entendimento, não há interesse ou preocupação maior do Estado na proteção dos valores morais, íntimos e da dignidade sexual que a própria vítima.

Todavia, esses argumentos não procedem, visto que a relevância social em torno da liberdade sexual existente na sociedade, fez com que o legislador pátrio elevasse a proteção do bem jurídico por meio das normas penais incriminadoras. Mais do que isso, partindo da premissa adotada pela maioria da doutrina, o Direito Penal está voltado para proteção dos bens jurídicos que agridem eminentemente aos interesses públicos de uma dada sociedade. Neste sentido, se há proteção através das normas jurídicas penais, o interesse da vítima terá natureza secundária em relação ao interesse da coletividade.<sup>188</sup>

Em seguida, está ultrapassada a ideia de que o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais tenha alguma relação com valores morais ou pessoais do próprio ofendido<sup>189</sup>. A infração das normas penais em matéria sexual diz respeito a violência suportada por uma pessoa humana e não aos valores morais. Nos crimes sexuais, "o ponto específico de tutela penal, enfim, é a coerção não consentida para o ato sexual"<sup>190</sup>.

Para corroborar o seu posicionamento, enfatiza Cezar Roberto Bitencourt, que "O Estado não é o titular da dignidade e intimidade sexual do ser humano, competindo-lhe, somente, assegurar que todos respeitem esses valores, mas não deve retirar-lhes a iniciativa da ação penal privada"<sup>191</sup>. De fato, o Estado como "organização política do poder",<sup>192</sup> não é titular dos direitos dos indivíduos como pessoas

---

<sup>187</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 142.

<sup>188</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 45.

<sup>189</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>191</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2012, v. 4, p. 142.

<sup>192</sup> OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.



humanas. Em verdade, "o Estado torna como seu direito de outrem."<sup>193</sup> Deste modo, o Estado, igualmente, não é o titular do direito à vida do ser humano, quando criminaliza o homicídio, bem como, não é titular do patrimônio do ofendido, quando criminaliza o furto.<sup>194</sup> Sendo que, em ambos os crimes mencionados, a natureza da ação penal não deixa de ser pública incondicionada.

Ademais, ao contrário da opinião do mencionado doutrinador exposta, a vítima dos crimes sexuais, especialmente o crime de estupro ora trabalhado, não possui, igualmente, interesse privado maior do que o interesse público na infração da norma penal, haja vista que, conforme demonstrado, os bens jurídicos tutelados no âmbito do Direito Penal se referem a valores sociais relevantes para a convivência segura e pacífica de uma sociedade.

#### 4.3 CONSTRANGIMENTO DA VÍTIMA

Atualmente, o argumento que prepondera na doutrina para justificar a natureza da ação penal pública condicionada à representação no crime de estupro é o constrangimento da vítima.

Segundo este entendimento doutrinário, o crime de estupro afeta diretamente a esfera de intimidade da vítima e sendo este um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, há a necessidade de preservá-lo.<sup>195</sup> Como fundamento, justificam que a ação penal pública incondicionada obrigaria a vítima a "se submeter publicamente ao *stepitus fori*, à exploração midiática, aos fuxicos tradicionais, que casos como esses, invariavelmente, provocam".<sup>196</sup>

Em suma, defendem que a representação no crime de estupro garante a possibilidade da vítima em escolher suportar o sofrimento da violência sexual em

---

<sup>193</sup> CARVALHO, Salo de; **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 145.

<sup>194</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 12.

<sup>195</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

<sup>196</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p. 142.

*silêncio*, preservando o seu direito à intimidade<sup>197</sup>, do que enfrentar o sofrimento que possivelmente o processo criminal poderia lhe causar através da exposição de fatos íntimos ou por reforçar a violência anteriormente sofrida através da reconstrução do fato ilícito.<sup>198</sup>

Ora, nitidamente, percebe-se que esses argumentos estão relacionados com a construção doutrinária de séculos pretéritos sobre a necessidade de preservar a vítima do escândalo do processo criminal, bem como, de priorizar o interesse particular da vítima em relação ao interesse público, haja vista que a persecução criminal somente poderia iniciar se a vítima representasse.

Portanto, condicionar a persecução criminal no crime de estupro, sob argumentos de preservação do direito à intimidade da vítima, é reforçar a impunidade de criminosos que se valem da vergonha da vítima para praticar tais condutas criminosas. Além disso, esse discurso de proteção à privacidade e intimidade fortalece a própria violência sexual, uma vez que possibilita o *silêncio* de crimes tão graves para a sociedade.

Cumprе salientar que o crime de estupro é extremamente gravoso para convivência pacífica e segura da coletividade, sendo elevado pelo legislador brasileiro como crime hediondo, onde há necessidade de uma repressão penal ainda maior para a infração penal deste delito.

Guilherme de Souza Nucci afirma que o estupro

**Trata-se de crime grave, por abranger a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância**, tais como liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida. O estuprador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de invadir a intimidade por meio da relação sexual forçada, maculando a sua autoestima e podendo gerar danos à sua saúde física e mental.<sup>199</sup>  
(Grifo nosso)

---

<sup>197</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

<sup>198</sup> CARVALHO, Salo de Carvalho; **Diálogos sobre a justiça dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 150.

<sup>199</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2013, p. 43.

Por essa razão, condicionar a persecução criminal no crime de estupro é "perpetuar, por ausência de resposta penal adequada"<sup>200</sup>, o quadro de violência sexual praticado contra as vítimas. Inclusive, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que ao possibilitar o silêncio de crime considerado hediondo no ordenamento jurídico através da condição de procedibilidade da ação penal, acaba ensejando a impunidade de agressores que tonifica suas condutas criminosas em outras vítimas.

Neste sentido, uma pesquisa realizada pela Folha de São Paulo constatou que 65% dos brasileiros temem ser vítima de violência sexual. Entre as mulheres o índice sobe pra 85%, sendo que nos Estados do Nordeste este índice sobe para 90% das mulheres que temem ser vítima de violência sexual.<sup>201</sup> Ou seja, o interesse público na infração da norma penal no crime de estupro é preponderantemente maior do que o interesse privado da vítima.

Desta forma, havendo colisão entre interesses pessoais da vítima (preservar à sua intimidade ou privacidade) com interesses públicos, o interesse privado no crime de estupro não supera o da coletividade.

Quanto ao direito à intimidade da vítima e do possível constrangimento ocasionado no processo criminal, "cabe ao Estado, em sua esfera social, em sua faceta intervencionista, tutelar a vítima"<sup>202</sup>. Isto é, cabe ao Estado criar mecanismos para minorar possíveis danos que a exposição do fato criminoso possa causar a vítima, como por exemplo, através da criação de núcleos de apoio à vítima de violência sexual, criação de delegacias especializadas, enfim, aumentar a tutela do ofendido através de uma intervenção social, inclusive, dentro do próprio processo judicial.<sup>203</sup>

Por este ângulo, Rogério Greco sustenta que

com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigiam aos homens,

<sup>200</sup> MPF, **PGR: violência contra mulher é crime de ação penal pública incondicionada**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/3016450/pgr-violencia-contr-a-mulher-e-crime-de-acao-penal-publica-incondicionada>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

<sup>201</sup> MENA, Fernanda. **Um terço dos brasileiros culpa mulheres por estupros sofridos**. Folha de São Paulo, São Paulo, 21 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1815301-um-terco-dos-brasileiros-culpa-mulheres-por-estupros-sofridos.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

<sup>202</sup> CARVALHO, Salo de; **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101 e p. 150.

<sup>203</sup> *Ibidem, loc. cit.*

narrando o ocorrido. Era na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo o papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiro voyeurismo, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer-lhe a imaginação doentia.<sup>204</sup>

Em seguida, necessário ponderar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê que se o crime de estupro for praticado contra vítima menor de 18 anos, pessoa vulnerável ou ainda, quando da conduta criminosa resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, a natureza da ação é pública incondicionada.<sup>205</sup> Sendo assim, questiona-se se nestas hipóteses não haveria a necessidade de proteger o direito à intimidade da vítima.

Todavia, prepondera o entendimento na doutrina que nesses casos é razoável e proporcional que a natureza da ação penal seja pública incondicionada, pois, o Estado tem o dever de tutelar com maior força pessoas vulneráveis, crianças e adolescentes.<sup>206</sup> Isto é, o direito à intimidade da pessoa vulnerável, da vítima menor de 18 anos, ou da vítima que teve como resultado do delito lesão corporal de natureza grave deverá ser prejudicado em relação ao interesse público.

Sucedem que, as consequências relacionadas com os argumentos expostos para defesa do direito à intimidade da vítima no crime de estupro previsto do *caput* do art. 213 do Código Penal Brasileiro para condicionar a persecução criminal, também aconteceria, igualmente, para as pessoas vulneráveis, as vítimas menores de 18 anos, ou para uma vítima adulta que tenha sofrido lesão corporal de natureza grave. Da mesma forma que as outras vítimas, o processo criminal também poderia causar um constrangimento doloroso para estas vítimas. Contudo, o legislador pátrio entendeu que, nestas hipóteses, prepondera o interesse público em face do interesse pessoal da vítima.

Nota-se, portanto, que o discurso do constrangimento da vítima com a exposição pública dos fatos, bem como, sobre o possível sofrimento causado a vítima ao

<sup>204</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, v. III, p. 461.

<sup>205</sup> Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

(BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2016).

<sup>206</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

reviver a violência através da reconstrução do ilícito penal no processo judicial torna-se contraditório, pois, a tutela deste direito estaria direcionado apenas para certas vítimas.

Ademais, cumpre lembrar que existem no ordenamento jurídico brasileiro, outros crimes que, em decorrência da sua própria natureza, poderiam causar algum tipo de sofrimento para a vítima no processo criminal justamente por estarem associados a ideia de constrangimento e de penalização da vítima por meio da reconstrução do ilícito penal. Entretanto, para essas infrações penais, a persecução criminal ocorre independentemente da vontade da vítima.

O crime de tortura tipificado na Lei 9.455/97<sup>207</sup>, por exemplo, é de ação penal pública incondicionada. Verifica-se, que no crime de tortura a vítima é submetida a um sofrimento físico e mental, que inclusive, pode ter natureza sexual, podendo gerar graves danos à sua saúde psicológica. Mesmo assim, em razão do bem jurídico tutelado, o legislador impõe que neste caso a persecução penal deve ocorrer independentemente da vontade da vítima para não reviver todo o trauma psicológico gerado no crime através da reconstrução do ilícito durante o processo criminal.

Ainda neste ponto de vista, os crimes de lesão corporal, inclusive de natureza leve, praticado contra mulher no ambiente doméstico tutelados pela Lei Maria da Penha<sup>208</sup> é de ação penal pública incondicionada, segundo entendimento do STF.<sup>209</sup> Ora, sabe-se que a violência doméstica praticada contra mulher causa um grande constrangimento para a vítima, que muitas vezes, prefere esconder as agressões do que buscar as autoridades estatais para punir o seu agressor. Todavia, para proteger os bens jurídicos tutelados por essas normas jurídicas penais, a jurisprudência da Suprema Corte entendeu a necessidade de adotar uma política criminal capaz de dar maior efetividade para o cumprimento das normas jurídicas penais, ou seja, posicionou determinando que a natureza da ação penal é pública incondicionada. Isto é, independe para início da persecução criminal, a vontade da vítima em preservar o seu direito à intimidade.

---

<sup>207</sup> BRASIL. **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2016.

<sup>208</sup> BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006, Brasília. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>209</sup> MPF, **PGR: violência contra mulher é crime de ação penal pública incondicionada**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/3016450/pgr-violencia-contra-a-mulher-e-crime-de-acao-penal-publica-incondicionada>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Quanto ao crime de estupro, o Supremo Tribunal Federal, tinha entendimento sumulado até revogação expressa pela Lei 12.015/09, que se o crime fosse praticado mediante violência real, a natureza da ação seria pública incondicionada. Este entendimento foi formulado através de uma política criminal adota pela Suprema Corte para proteger as vítimas do crime de estupro, que por temerem a repercussão social do delito, não buscavam as autoridades estatais para informar a ocorrência da infração penal.<sup>210</sup> Além disso, a grande maioria dos crimes de estupro eram cometidos por meio de violência que resultava lesão corporal de natureza leve, o que foi ponderado pelo STF para elaborar a súmula de nº 608.<sup>211</sup>

Ou seja, desde 1984 a Suprema Corte brasileira entendia que o interesse particular da vítima não superava o interesse público em perseguir o infrator da norma penal no crime de estupro.

Assim, pode-se concluir que no crime de estupro, o constrangimento da vítima, mesmo do gênero masculino, não é fundamento suficiente para condicionar o exercício da persecução criminal diante da violação de bens jurídicos de extrema relevância para a sociedade. Em verdade, conforme mencionado, compete ao Estado através de uma intervenção social buscar a preservação da intimidade da vítima durante a persecução criminal (tanto na fase investigativa quando na judicial) através da criação de mecanismos que possam minimizar o constrangimento da vítima.

Neste sentido, em uma interpretação sistemática do art. 201, §6º do CPP, o legislador poderia estabelecer o sigilo na persecução criminal para o crime de estupro, exatamente para preservar o direito a privacidade e intimidade da vítima. Isto é, apesar da existência de um interesse relevante da vítima em preservar-se de um processo de vitimização, cumpre o Estado adotar uma Política Criminal que dê maior efetividade e cumprimento das normas jurídicas penais, alcançando os agentes criminosos e rompendo com o quadro de impunidade existente na cultura patriarcal de violência sexual, sem, contudo, esquecer de proteger os interesses da vítima.

---

<sup>210</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

<sup>211</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 447.

Portanto, o Estado deve priorizar o interesse eminentemente público na persecução criminal deste delito extremamente gravoso para a coletividade e ainda, preservar a vítima de constrangimentos indevidos através da criação de uma estrutura eficiente para diminuir possíveis lesões ao interesse privado.

#### 4.4 PROVA DO CRIME DE ESTUPRO

Magalhães Noronha<sup>212</sup> sustentava, assim como outros doutrinadores do século XX, que para o sucesso da ação penal nos crimes sexuais, era necessário a vontade e o interesse da vítima em cooperar com a produção das provas, tendo em vista a grande dificuldade de comprovar em juízo a ocorrência destes delitos. Por esta razão, defendia o mencionado doutrinador, além de outras justificativas já demonstrada no presente trabalho, a necessidade de assegurar a natureza privada da ação penal no crime de estupro.

De fato, no crime de estupro, há uma dificuldade probatória em virtude do mencionado delito ocorrer em locais escondidos, sem a presença de testemunhas e ainda, sem deixar vestígios. Por tal motivo, consolidou-se o entendimento na jurisprudência de que a palavra da vítima consiste em relevante valor probatório.<sup>213</sup>

Entretanto, não procedem, os argumentos que a dificuldade probatória e a importância no interesse da vítima em auxiliar a produção probatória seja fator determinante para fixar a natureza da ação penal no crime de estupro. Ora, vale a pena recordar que vários crimes previstos no ordenamento jurídico são praticados às escondidas, sem a presença de testemunhas, e nem por isso a ação penal destes crimes deixa de ser pública incondicionada.

Os crimes de violência doméstica, por exemplo, geralmente ocorrem na ausência de terceiros. Em verdade, estas condutas criminosas por sua própria natureza são praticadas atrás de quadro paredes, dentro do ambiente familiar, sem a presença de qualquer pessoa. A prova da existência e materialidade do delito dependem muito da vítima, entretanto, a ação penal é de natureza pública incondicionada.

---

<sup>212</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1, p. 422.

<sup>213</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

O crime de tortura, quando praticado por particulares, ou até mesmo pelo Estado, geralmente ocorre de forma clandestina, em locais escuros, fechados, sem a presença de testemunhas. Nestas hipóteses, a comprovação da existência e da materialidade do delito também dependem do relato da vítima, todavia, a ação penal é de natureza pública incondicionada.

Nota-se, portanto, que a dificuldade probatória não é razão para determinar a natureza da ação penal dos crimes previstos abstratamente nas normas penais incriminadoras.

Em seguida, cumpre salientar que se o crime de estupro for praticado sem deixar qualquer vestígio e a vítima preferir silenciar, não importa se a ação penal é pública incondicionada, condicionada à representação ou de natureza privada, posto que não haveria como a justiça penal alcançar este criminoso. Todavia, nos casos em que a materialidade do delito e a autoria do fato está amplamente comprovada, seja através de vídeos, fotos, ou ainda por meio de flagrante delito por autoridade policial, o interesse em colaborar da vítima não influenciaria na persecução criminal.

Além disso, existem casos que a vítima representa perante as autoridade estatais relatando a ocorrência do crime de estupro, contudo, antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, resolve retratar a representação, impossibilitando o exercício da ação penal pelo *parquet*.<sup>214</sup> Ou, ainda, nas hipóteses em que as vítimas perdem o prazo de 6 (seis) meses para representar, decaindo o direito de representação e, por consequência, inviabilizando a persecução criminal do delito.<sup>215</sup>

Logo, estabelecer a natureza da ação penal pública incondicionada no crime de estupro ampliaria as hipóteses para o exercício da persecução criminal dos infratores da norma penal incriminadora ora analisada.

---

<sup>214</sup> Art. 25. A representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016).

<sup>215</sup> Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016).



## 5. CONCLUSÃO

Diante do aprofundamento do tema, pode-se concluir que condicionar o exercício da persecução penal no crime de estupro é reforçar o quadro de impunidade existente em uma cultura patriarcal e de valores morais deslocados de séculos pretéritos.

De fato, não há como negar o interesse latente em preservar o direito à intimidade e privacidade da vítima no crime de estupro, todavia, deve-se questionar se a resposta adequada do Estado seria possibilitar o *silêncio* de um crime tão grave para a dignidade da pessoa humana e para própria proteção dos interesses coletivos em reprimir estes tipos de condutas criminosas.

Em verdade, verifica-se que em razão da própria natureza do crime de estupro, o criminoso se vale da vergonha sofrida pela vítima justamente para intimidá-la e inibir a sua vontade em buscar amparo nas autoridades policiais. O Estado, por sua vez, acaba corroborando com este entendimento, visto que condiciona o exercício da persecução criminal tanto na fase investigativa quanto na fase judicial à manifestação positiva da vontade da vítima. Em outras palavras, possibilitar o *silêncio* das vítimas é garantir que as mesmas não tenham interesse em buscar amparo estatal.

Por esta razão, entende-se que o Estado deve adotar uma política criminal voltada para efetivar o preceito secundário da norma penal incriminadora e coibir este tipo de crime. Neste caso, a solução seria enfrentar o problema central do quadro de impunidade no crime de estupro através de uma persecução criminal livre da vontade da vítima e, ao mesmo tempo, da criação de mecanismos sociais que garanta por meio de uma intervenção do Estado a diminuição de possíveis constrangimentos que essa persecução poderia causar para a vítima.

Ou seja, o Estado precisa criar toda uma estrutura para minimizar possíveis lesões ao direito à intimidade da vítima que a exposição dos fatos poderiam causar. Por exemplo, em uma interpretação sistemática do art. 201, §6º do CPP, o legislador poderia estabelecer o sigilo na persecução criminal para o crime de estupro, exatamente para preservar a privacidade e intimidade da vítima. Ou ainda, criar núcleos de apoio social para vítimas, criar delegacias especializadas, enfim.

Por essas razões, entende-se que condicionar o exercício da ação penal pública no crime de estupro não é resposta penal adequada para combater o delito e ainda proteger o direito à intimidade da vítima. Deve-se tutelar preponderantemente o interesse público em perseguir o autor do fato e reprimir a conduta criminosa, sem causar maiores lesões para a vítima.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Brasília. 11 de outubro de 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Brasília. 26 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Brasília. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm)>. Acesso em: 31 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006, Brasília. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>. Acesso em: 14 nov . 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.015.** Brasília. 7 de agosto de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 276.510** - Proc. 2013.0291689-4. Impetrante: Sérgio Guimarães Riera e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-stj-turma-estupro-vuneravel.pdf>>. Acesso em 31 mai. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, Aloísio de. **Comentários ao Código Penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. IV.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **O casamento como causa extintiva de punibilidade para os crimes de estupro.** Jusbrasil. Disponível em <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941324/o-casamento-como-causa-extintiva-de-punibilidade-para-os-crimes-de-estupro>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 711.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial:** art. 213 a 359 CP. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 2.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes Hediondos.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. I.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, v. III.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. VIII, p. 114.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processual Penal - Volume I**. Campinas: Bookseller, 1997.

MENA, Fernanda. **Um terço dos brasileiros culpa mulheres por estupros sofridos**. Folha de São Paulo, São Paulo, 21 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1815301-um-terco-dos-brasileiros-culpa-mulheres-por-estupros-sofridos.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

MPF, **PGR: violência contra mulher é crime de ação penal pública incondicionada**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/3016450/pgr-violencia-contra-a-mulher-e-crime-de-acao-penal-publica-incondicionada>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015/09 de 7 de agosto de 2009**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 4.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1.

OLIVEIRA, Eugêncio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2004.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livaria do Advogado Editora, 2009.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1967, p. 866.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: volume 1**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WUNDERLICHM, Alexandre; JR, Aury Lopes; PRADO, Geraldo; CHIES, Luiz Antônio Bogo; AZEVEDO; Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.