

**CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: A REPRESENTAÇÃO PARA
FINS PENAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
(Comentários à ADI n° 4301 em curso no STF)**

João Carlos Castellar¹

RESUMO

Este estudo critica a Ação Direta de Inconstitucionalidade endereçada pelo Ministério Público ao Supremo Tribunal Federal, com vistas a que se declare inconstitucional a regra constante do artigo 225 do Código Penal, modificada pela Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que dispensa a representação para casos de estupro violento ou seguido de morte. Argumenta-se que as razões de política criminal que moveram o legislador são consentâneas com um Estado que não paternaliza os cidadãos, deixando-os livres para escolher se deseja ou não submeter-se aos constrangimentos do processo penal em hipóteses que o bem atingido é de natureza personalíssima, como é o caso da dignidade sexual. A mensagem do legislador filia-se ao entendimento de que a persecução de crimes dessa natureza somente poderá ser iniciada se o ofendido, ou seu representante legal em caso de morte, formalmente expressar este intento, o fazendo através do instituto da *representação*.

Palavras-chave: Crimes contra a Liberdade Sexual. Representação para Fins Penais. Garantia da Intimidade e da Vida Privada.

¹ Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC/RJ). Mestre em Ciências Penais pela UCAM. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Contato: jccastellar@ig.com.br

**CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM: THE “REPRESENTATION” FOR
CRIMINAL PURPOSES AND HUMAN DIGNITY
(Comments on ADI 4301 underway the STF)**

João Carlos Castellar

ABSTRACT

This study criticizes the Straight Action of Unconstitutionality (Brazilian denomination) addressed by the Public prosecution service to the Federal Supreme Court, in order to declare unconstitutional the constant rule of the article 225 of the Penal Code, modified by the Law nº. 12.015, of 07 of August of 2009, which dispenses the representation format for cases of violent rape or kill the victim after rape. It is argued because the reasons of criminal politics that moved the legislator to be coherent with a State that are not paternalist to the citizens, leaving them free to choose if it wants or be not subjected to embarrassing of the penal process in hypotheses that the juridical assets is the personality nature, how is the case of the sexual dignity. The message of the legislator is adopted to the understanding of which the persecution of crimes of this nature will be able to be begun only if the offended one, or his legal representative in case of death, formally to express this intention, it doing through the institute of the representation.

Keywords: Crimes Against Sexual Freedom. Representation for Criminal Purposes. Assurance of Privacy and Intimacy.

**CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: A REPRESENTAÇÃO PARA
FINS PENAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
(Comentários à ADI n° 4301 em curso no STF)**

João Carlos Castellar

1. INTRODUÇÃO

Através da Lei n°. 12.015, de 07 de agosto de 2009, o Código Penal sofreu importante alteração no seu Título VI, que tratava dos Crimes Contra os Costumes, doravante intitulados Crimes Contra a Dignidade Sexual. Dentre tantas, talvez a mais importante modificação tenha se operado nos artigos 213 e 214 do CP, que até então previam, em tipos autônomos, respectivamente, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Em conformidade com a nova redação², a primeira destas figuras típicas passou a englobar não apenas a conjunção carnal propriamente dita, mas também a prática de qualquer outro ato libidinoso, significando que não há mais distinções de gênero no tocante ao crime de estupro, igualando homens e mulheres como vítimas desta prática criminosa.

Este novo tratamento legal da matéria trouxe algumas perplexidades ao intérprete, na medida em que questões intrinsecamente desiguais mereceram abordagem isonômica. É certo que a Constituição Federal estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, art. 5º, I). Ocorre que as características anátomo-fisiológicas existentes entre os sexos masculino e feminino, que orientaram o legislador na construção dos crimes contra a liberdade sexual no Código Penal de 1940, não deveria ter sido

² Art. 213: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

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

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

§ 2º. Se da conduta resulta morte:

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

desprezada, nem mesmo em nome do princípio constitucional que estabelece serem todos iguais perante a lei

2. ELEMENTOS OBJETIVOS CONSTITUTIVOS DO TIPO

Segundo a doutrina, por conjunção carnal entende-se a conjunção ‘sexual’, isto é, a cópula secundum natura, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal – se o agente, em substituição ao pênis, usa dos dedos ou de algum objeto (pau roliço, vela, phalus artificial etc.) não se pode configurar o estupro, pela singela razão de que não se dá a penetração do órgão genital masculino. Não há estupro sem a *introductio penis intra vas*. Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais³.

Tendo em vista esta consideração, já previa o legislador de 1940 que do estupro poderia resultar gravidez indesejada, estabelecendo, então, uma causa legal de exclusão de antijuridicidade, autorizando que as mulheres, nestas hipóteses específicas, pudessem proceder ao abortamento (chamado “aborto sentimental”)⁴.

Em virtude destas gravíssimas conseqüências que o estupro traz para a mulher, que ultrapassam a agressão e o constrangimento causados pela prática propriamente dita, não há dúvida de que este crime poderia ser havido como mais grave que o de atentado violento ao pudor, merecendo, portanto, tratamento legal diferenciado e proporcional à sua potencialidade lesiva, tal como era disciplinado no CP de 1940, que previa para o estupro pena mínima 3 e máxima 8 anos e para o de atentado violento ao pudor de 2 a 7 anos de reclusão.

³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. VIII, p. 105-6.

⁴ Artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Quanto ao atentado violento ao pudor, resta em aberto a conceituação de ato libidinoso. Deveras, o linguajar cifrado, hermético, com que doutrina e jurisprudência se referem a este elemento constitutivo do tipo revela o forte sentimento moral que perpassa toda a discussão acerca dos crimes contra a liberdade sexual, revestindo-se este conceito com uma marca que o aproxima do proibido, do tabu⁵. No ponto, vale transcrever as palavras de Nelson Hungria, que revelam seu esforço em conceituar ato libidinoso:

“Ato libidinoso” é todo aquele que se apresenta como desafogo, (completo ou incompleto) à concupiscência. Como elemento constitutivo do atentado violento ao pudor, porém, não deve ter por fim a conjunção carnal (ato libidinoso por excelência), que, quando ilícita e obtida vi aut minis, constitui, como vimos, o crime de estupro, mais severamente punido. Ora tende à satisfação do apetite sexual, representando um ‘equivalente’ (fisiológico ou psicológico) ou ‘sucedâneo’ do coito normal, ora traduz mera depravação moral, sem outro móvel que a indecência por amor à indecência, nada mais significando que uma ‘solicitação autônoma do vício. (...)’. Há uma gradação de obscenidade. Há as impudicícias macroscópicas, como sejam as topo-inversões (coito anal, fellatio ou irrumatio in ore, o coito intercrural ou inter femora, o coito perineal, o cunnilingus, o anilingus, a cópula entre os seios, na axila, etc.), a auto ou heteromasturbação, as esfregações torpes de um corpo em outro (mesmo sobre as vestes), e há aquelas outras que não têm analogia alguma com a cópula e, de regra, são inidôneas para o fim de espasmo genésico

⁵ DIX SILVA, Tadeu Antônio. *Crimes Sexuais – reflexões sobre a nova Lei n. 11.106/2005*. Leme: Mizuno, 2006, p. 111.

(ex: o tateio do pudendum ou das nádegas, a apalpação dos seios, o gesto de alçar as vestes de uma mulher para a contemplação lasciva, etc.)⁶.

Note-se que Hungria chega a cogitar se o beijo pode ou não constituir o crime em questão, desde que aplicado mediante violência ou grave ameaça (o que a literatura chamaria de “beijo roubado”). Bem entendido, ressalva o autor, que está se referindo ao “(...) beijo na face, na boca ou no colo, pois daí para baixo sua impudicícia é flagrante (...), já que pode funcionar como verdadeiro substituto sexual”.

No mesmo diapasão, Magalhães Noronha, outro autor bastante conservador, considera que determinados atos libidinosos deveriam merecer sanção penal mais gravosa do que outros, argumentando que:

os atos libidinosos obedecem a uma escala de diferentes graus de luxúria e devassidão. É a hierarquia da volúpia, indo desde os meros toques e tateios até os coitos anormais, todos importando diversos danos e justificando que alguns deles – as cópulas anal e oral – deveriam constituir crime mais grave⁷.

Como se vê, são imensas as dificuldades em se definir de modo claro e preciso o que venha a se constituir num ato libidinoso, sem resvalar em preconceitos e moralismos. Significa dizer que a conceituação desse elemento cultural do tipo ficará a critério exclusivo do intérprete final da norma, personificado na pessoa do juiz que, ao julgar cada caso concreto, suprirá o vazio normativo. Dispondo de ampla e inaceitável margem de arbítrio para definir este elemento objetivo do tipo, será o magistrado da causa quem afirmará se determinado ato é ou não libidinoso, uma vez que, faltando clareza

⁶ HUNGRIA. *Op. cit.* p. 121-5

⁷ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, Vol. 3, p. 126.

ao texto legal, caberá a ele decidir, naquela causa sob julgamento, em conformidade com suas convicções pessoais acerca do que venha a ser moral ou imoral, o que do venha a ser ato libidinoso, implicando isso, não há dúvida alguma, em perigoso subjetivismo⁸.

Assim, malgrado a edição de uma nova lei para disciplinar o regime dos crimes contra a liberdade sexual, o tipo em questão continua caracterizado como aberto⁹, desatendendo, deste modo, aos postulados inerentes ao princípio da legalidade, notadamente aquele concernente à enunciação das normas penais, qual seja, o da determinação taxativa, que contém a exigência de que as leis penais sejam claras e o mais possível certas e precisas, vedando-se ao legislador o emprego de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos¹⁰.

⁸ Sobre a relatividade do valor moral, não serão excessivas aqui as palavras de KELSEN: “se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade – e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade de validade de qualquer outra (...), então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, apenas podem significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistema se Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais. (...). Por tal forma, não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima. Com esta exigência, na verdade, pressupõe-se uma Moral absoluta, determinada quanto ao conteúdo, ou, então, um conteúdo comum a todos os sistemas de Moral positiva. Do exposto resulta que o que aqui se designa como valor jurídico não é um mínimo moral neste sentido, e especialmente que o valor de paz não representa um elemento essencial ao conceito de Direito” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. B. Machado. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, sucessor. 1976, p. 100-1).

⁹ Segundo Assis Toledo, um tipo será *aberto* quando o legislador optar pela “descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele contidas, (...), como se dá em geral com os delitos culposos que precisam ser completados pela norma geral que impõe a observância do dever de cuidado” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 136.)

¹⁰ LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18.

3. SANÇÃO PENAL

Nota-se que o novel dispositivo eleva ainda mais a sanção originalmente atribuída a esta forma delituosa¹¹, já significativamente aumentada em 1990 com o advento da Lei de Crimes Hediondos¹², fixando-a agora no mínimo de 6 e no máximo de 10 anos de reclusão, para o tipo fundamental, de 8 a 14 na forma agravada ou de 12 a 30 se resultar morte.

Assim, caminhou o legislador na contramão dos mais recentes estudos criminológicos, que sinalizam no sentido de que a função de prevenção geral negativa da criminalidade não é atingida pela ameaça penal nas hipóteses de crimes impulsivos, como é o caso daqueles de natureza sexual, que são próprios da criminalidade “comum” ou convencional, aquela estampada diariamente nos meios de comunicação de massa, categoria que se distingue dos delitos de “reflexão” (por exemplo, a chamada criminalidade “colarinho branco”¹³, que comete crimes sócio-econômicos¹⁴) em relação aos quais a ameaça penal pode ter algum efeito desestimulante¹⁵.

¹¹ No texto do CP de 1940, a pena para o crime de *estupro* era de 3 (três) a 8 (oito) anos e para o de *atentado violento* ao pudor de 2 (dois) a 7 (sete).

¹² Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 (veja-se artigo 6º)

¹³ A expressão foi cunhada por Sutherland, na década de 1940, marcando definitivamente a criminologia moderna. Numa clara referência às finas camisas brancas, gravatas e paletós, com que se vestem os administradores destas empresas, distintas dos macacões de brim azul dos operários, pode ser definido, nas palavras do citado professor norte-americano, como “um crime cometido por uma pessoa respeitável e portadora de um alto *status* social no exercício de sua atividade profissional”, constituindo-se, normalmente, numa *violação de confiança*. SUTHERLAND, Edwin. H., é citado por inúmeros estudiosos do Direito Penal, da Criminologia e das Ciências Sociais como um todo, sendo suas principais obras as seguintes: *White-Collar Criminality*. American Social Review, V, fev. 1940 e *White Collar Crime. Crime?*. WOLFANG, M. E., SAVITZ, L., JOHNSON, N., *The Sociology of Crime and Delinquency*. New York, 1962; diz-se que sua contribuição para a criminologia é semelhante a causada por Lombroso, em 1876, com seu *L’Uomo Delinquente*.

¹⁴ Para a identificação dos delitos sócio-econômicos alguns aspectos devem ser verificados. O pressuposto imprescindível para a integração de uma figura delitiva desta categoria deve ser, segundo Buján-Pérez, “a afetação de alguma maneira (ainda que de modo mediato) a interesses sócio-econômicos supra-individuais” (seja um interesse geral ou um interesse difuso ou setorial), sendo necessário, portanto, que se tenha em consideração o bem jurídico protegido, observando-se, a propósito, que nem todos os delitos cometidos no âmbito da administração de empresas podem ser incorporados a esta categoria (imaginem-se, por exemplo, o tráfico de drogas levado a cabo por uma organização criminosa que atue empresarialmente e seja dirigida por autores que reúnam as características criminológicas de que se revestem os delinquentes econômicos), sendo certo, porém, que para ser havido como delito sócio-econômico é preciso que o crime tenha sido necessariamente praticado através de uma empresa ou em seu benefício, daí também se utilizar a expressão “criminalidade empresarial” para designar esta criminalidade.

Há, ainda, que se ressaltar deplorável equívoco do legislador quando se utilizou da conjunção aditiva “e” em vez da conjunção alternativa “ou”, ao dar redação à circunstância qualificadora constante da segunda parte do § 1º, do artigo 213 [... se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (quatorze) anos...]. Patinando no vernáculo, o legislador findou por criar uma qualificadora que se aplica a todos os casos de estupro, pois a vítima será sempre menor de 18 anos ou maior de 14¹⁶.

4. AÇÃO PENAL

Há, porém, aspecto positivo na lei. Ao dar nova forma ao artigo 225 do CP, ficou estabelecido que nos crimes definidos nos Capítulos I e II, do Título VI, a propositura da ação pelo órgão do Ministério Público dependerá de representação do ofendido.

a) a fórmula do Código Penal de 1940 (se suas alterações pontuais)

Segundo a disciplina anterior, este dispositivo estabelecia que para a persecução dos crimes sexuais a ação penal seria de iniciativa privada, somente se procedendo mediante queixa, mas excepcionava-se esta regra quando a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, hipótese em que a ação penal dependeria de representação, ou quando o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, caso em que a ação seria pública incondicionada.

CASTELLAR, João Carlos. *‘Insider Trading’ e os Novos Crimes Corporativos (uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18-19.

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – parte geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC/ Lumen Juris, 2008, p. 488-9.

¹⁶ DUMANS, Alexandre Moura. *Nova lei sobre crimes sexuais*. Folha do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), n. 94, setembro/outubro 2009, p. 6. Rio de Janeiro.

A Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal trazia outra exceção, pois estabelecia que se o crime de estupro fosse praticado mediante violência real, a ação penal seria pública incondicionada. Este entendimento do STF “surgiu e se desenvolveu em torno de casos nos quais as vítimas de estupro chegaram a sofrer nem mesmo lesão leve”¹⁷.

Seja por conta da pobreza da vítima ou em virtude do entendimento do STF, tinha-se que a ação penal nos crimes sexuais era quase sempre de iniciativa pública, já que grande parte destes delitos era cometido contra hiposuficientes, ou no seio de relações domésticas. Além disso o conceito de violência real foi extremamente ampliado, chegando alguns Tribunais a decidir que o simples “procedimento súbito do agente, que surpreende a vítima, paralisando-a pelo medo e impossibilitando-a de qualquer resistência, configura violência real”¹⁸.

Mesmo com o excepcional alargamento do conceito de violência real, que na prática, reitera-se, tornava pública a ação penal nos crimes de natureza sexual, não se pode deixar de frisar que, não obstante as manobras para tornar pública a ação penal nos casos de estupro, o texto legal expressamente atribuía a propositura da ação penal à iniciativa privada, deixando indubitado que o legislador originário pretendia que diante de uma conduta que atingisse tão seriamente o plano íntimo e secreto do sujeito passivo fosse considerada sua vontade de não ver o agente processado. Assim, apesar da intrínseca lesividade da conduta, evitava-se que o bem jurídico já vulnerado com a prática criminosa sofresse outra vez lesão, agora por meio do *streps fori*¹⁹.

A mens legis era no sentido de que, havendo uma colisão entre dois interesses relevantes, quais sejam, a exigência de repressão do sujeito ativo, por um lado e, por outro, a vontade da vítima de que a sociedade não tomasse conhecimento do fato que a lesionou de modo tão íntimo, optou o legislador de

¹⁷ STF – HC 67.625-1 – j. 06/02/90 – Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – RT 657/369.

¹⁸ TJ-SP – AP – Rel. Bruno Neto – JTJ- Lex 142/345.

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. Vol. I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 574

1940 por deixar a critério desta última decidir processar criminalmente o agressor ou não.

Não será demais lembrar que vigiam, então, como causas extintivas da punibilidade, além do perdão do ofendido, o casamento do agente com a vítima ou mesmo desta com terceiro, desde que, neste último caso, o crime não tivesse sido cometido com violência real ou grave ameaça²⁰ (*). É inegável, como se vê, que o modelo anterior trazia algumas vantagens para a vítima, posto que esta, a seu exclusivo critério, poderia decidir, a qualquer momento, pela interrupção do andamento da ação penal.

Por outro lado, a partir de 1990, notável contradição sistêmica passou a marcar a disciplina dos crimes dessa natureza, uma vez que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor vieram a ser considerados hediondos (ainda o são mesmo que amalgamados num único tipo penal), sujeitando seus autores a severíssima resposta penal. Havia sensível incompatibilidade na legislação, pois, não obstante o rigor do tratamento penal (penas altas, restrições à obtenção de benefícios na execução da pena etc.), possibilitava-se à vítima, ao menos em tese, completa disposição material da lide, podendo conceder perdão ao acusado, casar-se com ele (ou com terceiro) ou, simplesmente, deixar que se operasse a extinção da punibilidade pela perempção, bastando não movimentá-la por mais de trinta dias, conforme artigo 60, inciso I, do Código de Processo Penal²¹⁻²².

²⁰ Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.

(*) Os incisos VII e VIII foram revogados pela Lei n. 11.106/2005.

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 314.

²² Artigo 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo por mais de 30 (trinta) dias seguidos.

b) a fórmula da Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009.

A fórmula atual estabelece que as ações penais por crimes de natureza sexual, independentemente de ser o crime agravado ou não pela violência real, está condicionada à representação da vítima, tornando-se, a partir daí, pública.

Visa a representação que o titular do bem jurídico vulnerado com a prática criminosa possa decidir se deseja ou não que o Sistema Penal²³ se mobilize para investigar o fato, processar o acusado, julga-lo e, sendo o caso, puni-lo, para ao final de tudo reabilita-lo durante a execução a pena que lhe venha a ser imposta. Não se olvide que, tratando-se de crime hediondo, esta pena será necessariamente privativa da liberdade, e seu cumprimento se dará inicialmente em regime fechado, como determinam os §§ 1º e 2º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90²⁴.

Na medida em que a política criminal nada mais é senão o programa político implementado pelo Estado para controlar a criminalidade²⁵, condicionar a persecução penal de certos delitos à representação do ofendido, em especial aqueles que punem condutas atentatórias a bens jurídicos personalíssimos, é decisão genuinamente político-criminal do legislador²⁶.

²³ Segundo ZAFFARONI & PIERANGELI, chama-se “‘sistema penal’ o *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delicto até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (...). Engloba a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários da execução penal (ZAFFARONI, Raul Eugênio & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p.70.

²⁴ Lei n. 8.072/90.

Artigo 2º. (...).

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente fechado.

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Penal*: artigo obtido no site do Instituto de Criminologia e Política Criminal, <http://www.cirino.com.br/artigos-crime.htm>

²⁶ Para FERNANDO GALVÃO, conceitua-se *política criminal* “como o conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou da aplicação e execução da disposição normativa. Coerente com a opção política fundamental do Estado, a política criminal define, a política criminal define o que deve ser considerado comportamento delitivo e

Deste modo, relativamente ao crime de estupro, o legislador de 2009, buscando corrigir distorções do modelo anterior, considerou que a maneira mais eficiente de exercer o controle estatal desta modalidade criminosa foi a de facultar à vítima o direito de representação em face do autor do delito.

O legislador, por um lado, manteve sua preocupação com as deletérias consequências que o estrépito processual traz para a vítima e, por outro, quis evitar que esta se utilizasse do seu poder de disposição da ação penal para obter possíveis vantagens em face do suspeito ou acusado, notadamente nas hipóteses em que o estupro fosse cometido entre pessoas das classes sociais mais abastadas e sem violência real, situação que as crônicas policial e judiciária já revelaram incontáveis vezes, sendo inclusive motivo de conhecida anedota²⁷. Isso porque, em razão da própria natureza da infração, é muito difícil de provar o crime de estupro cometido sem violência real, posto que invariavelmente é realizado sem a presença de testemunhas, dando a jurisprudência, por causa desta particularidade, muita credibilidade à versão da vítima – em detrimento daquela ofertada pelo acusado²⁸.

Mas esta decisão político-criminal do legislador de 2009 de estabelecer a representação como condição de procedibilidade para a ação penal gerou contundente crítica em certos segmentos da doutrina, nomeadamente dos estudiosos que ocupam postos no Ministério Público.

quais as estratégias mais adequadas ao combate à delinquência”. GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentus, 2000, p. 23.

²⁷ Quanto às falsas acusações de estupro, AFRÂNIO PEIXOTO reproduz anedota que VOLTAIRE contava de certa rainha: “tendo-lhe chegado a queixa que uma rapariga fora violentada, duvidou da coação e para provar a cumplicidade do consentimento mandou vir de uma espada, desembainhou-a, deu a lâmina à pessoa queixosa e mandou que tentasse introduzi-la na bainha, que conservava em mãos e que movia, para impedir a introdução. Não o conseguiu: assim teria sido, semelhantemente, se tivesse a paciente querido evitar” Admite-se assim, prossegue o autor, que “mesmo subjugada, deitada, descomposta, pode uma mulher evitar a cópula, não só porque as coxas fechadas abrigam a entrada da vulva, como porque os movimentos da bacia tornam impossível a introdução do pênis (PEIXOTO, Afrânio. *Medicina Legal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 59). Ainda sobre o tema veja-se: CAVAGGIONI, A., NERI, L. e CALÇADA, A. *Falsas Acusações de Abuso Sexual – o outro lado da história*. Rio de Janeiro: Produtor Editorial Independente, 2001.

²⁸ Veja-se o seguinte acórdão do TJ-SP: “Em tema de delitos sexuais é verdadeiro truismo dizer que quem pode informar a autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade” (RT 442/380, Relator Acácio Rebouças) – In FRANCO, Alberto Silva (org.) *et alli*. *O Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 3ª ed. São Paulo: RT, p. 1.125.

5. A REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAIS NO CRIME DE ESTUPRO VISTA COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Argui-se genericamente que o regime anterior atendia de modo mais eficaz aos anseios da sociedade, porque o Ministério Público, mesmo sem concordância da vítima ou dos seus parentes, podia agir toda vez que o estupro fosse cometido com violência real ou quando praticado com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Quanto a este primeiro aspecto, deve-se recordar o quão amplo era o conceito de violência real à luz da jurisprudência. Este foi precisamente um dos pontos que o legislador quis sanear ao suprimir a iniciativa privada e estabelecer a ação pública condicionada à representação.

Sustenta-se, por outro lado, que o novo modelo legal gerará impunidade, pois obrigará que, nos casos em andamento, a vítima deve formalizar seu desejo de representar em face do acusado ou investigado, no prazo de seis meses a contar da data a publicação da lei. Textualmente, posicionam-se os contrários à vigência da nova lei que se trata de “um retrocesso, pois, ao invés de favorecer a punição, gerou o efeito reverso”, uma vez que, “como ocorre com toda mudança legal favorável ao réu, essa nova regra tem efeito retroativo, ou seja, abrange os crimes cometidos antes da sua entrada em vigor (...), aplicando-se não só aos crimes ocorridos após agosto de 2009, mas, também, aos casos ocorridos antes da sua vigência”²⁹.

Este o móbil da celeuma, ora sob apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁹ Comenta-se aqui artigo publicado no Jornal “O Globo”, de 06/11/09, p. 7, da lavra do Prof. Dr. ARTUR GUEIROS (Uerj), intitulado *A impunidade dos estupradores*.

a) os fundamentos da ADI nº. 4301 do STF.

Formulou-se, então, ao Procurador-Geral da República, autoridade no âmbito do Ministério Público dotada de atribuição para o manejo desta medida excepcional, pedido para que promovesse uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante a Corte Suprema. A ADI foi efetivamente ajuizada, incumbindo-se da relatoria o Ministro Joaquim Barbosa.

O que se pretende com a ADI é a declaração de inconstitucionalidade do novo artigo 225 do Código Penal, de modo a restaurar, em relação a determinadas modalidades delituosas – estupro seguido de lesões corporais graves ou morte – “a regra geral da ação penal pública incondicionada (artigo 100 do Código Penal e artigo 24 do Código de Processo Penal)”³⁰.

Nota-se desde logo que, ao ver da dissidência doutrinária aqui comentada, o que causaria o “festival de impunidade” capaz de gerar violação ao “princípio da dignidade humana”, não fora exatamente a opção político criminal do legislador de condicionar a persecução penal à representação, mas sim o fato de que esta medida demandaria que as vítimas, nos processos já em andamento, deveriam ser chamadas à Juízo para formalizar o ato de representação, no transcurso de um semestre desde a edição da lei.

A alegada impunidade seria decorrência não do condicionamento em si da ação penal à representação, mas sim em razão das consequências imediatas e pontuais da aplicação de longa garantia individual, que preconiza que lei penal posterior que de algum modo favorece o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória com trânsito em julgado (CP, art. 2º, parágrafo único). Esta simples constatação, por si mesma, seria mais do que suficiente para esvaziar a argumentação dissidente.

Ademais, argumenta-se na ADI em referência que a dignidade sexual é parte importante da dignidade da pessoa humana e que esta se constitui em

³⁰ Em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=421483&tipo=TP&descricao=ADI%2F4301>, consulta em 25/11/2011.

bem jurídico remarcado pela Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III. Como é missão do direito penal emprestar sua tutela para a proteção de bens jurídicos, a dignidade sexual, derivada da dignidade humana, deveria merecer esta proteção.

A esta tese, de resto correta em seus fundamentos básicos, aduz-se ainda que, na forma em que está redigida a lei, a proteção ao bem jurídico em questão seria insuficiente, defluindo daí a inconstitucionalidade arguida. Para o chefe do Parquet, “a ofensa aos princípios da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), e da dignidade da pessoa humana materializa-se, no caso, pelo empecilho à persecução penal nos crimes de estupro qualificado por lesões corporais graves ou morte, tornando vulneráveis bens jurídicos da mais alta importância – vida e saúde – sem uma razão suficientemente forte que justifique a opção legislativa”³¹.

b) a im procedência desses fundamentos

Como já vimos, foi inequívoca a opção do legislador em mitigar um dos postulados informadores da ação penal pública – o da obrigatoriedade³². É clara a decisão do legislador em estabelecer que para esta categoria de delitos o interesse público em investigar, processar e punir o autor de um delito estará condicionado ao interesse privado da vítima em submeter-se às “misérias do processo penal”, posto que estas a atingem sobremaneira³³.

³¹ Em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=421483&tipo=TP&descricao=ADI%2F4301>, consulta em 25/11/2011.

³² Em conformidade com ROGÉRIO GRECO, este princípio se traduz no fato de que 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 pela inicial de acusação. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Vol. I. Niterói: Impetus, 2007, p. 695.

³³ A expressão é de CARNELUTTI, dando título a pequeno livro em que o processualista italiano, quando assinala que “A crônica judiciária e a literatura policial servem, do mesmo modo, de diversão para a cinzenta vida cotidiana. Assim, a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, se tornou uma espécie de esporte; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, aí fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas de informações, de

Ao condicionar a ação penal pública à representação do ofendido, afirmou o legislador que o papel do Estado, no tocante à proteção da dignidade sexual, deve ser o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar suas vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada aos valores sociais ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade³⁴.

Instituindo a obrigatoriedade de representação, percebe-se que o legislador não conferiu ao Estado um papel “paternalista” relativamente à vítima do crime de estupro, pois vincula a deflagração da persecutio à sua vontade. De outro lado, tampouco deixou o legislador a critério exclusivo da parte ofendida a propositura e o seguimento da ação penal, já que esta só poderá ser proposta pelo Ministério Público, dependendo, porém, de sua expressa autorização, contida na representação. Partiu o legislador de uma presunção que deve ordinariamente vigorar nas sociedades democráticas, adultas e responsáveis, qual seja, a de que as pessoas não devem ser protegidas de si mesmas e que a liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção³⁵.

O texto constitucional brasileiro assegura a possibilidade de o indivíduo encontrar meios para promover o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Para isso, toda pessoa deve ter garantida a possibilidade de se autodeterminar, de tomar para si as rédeas do seu destino, o que tem levado a

indiscrições. Policiais e magistrados de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência que requeria o exercício de seu mister austero (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Conan, 1995, p.45).

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. Interesses Públicos vs. Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 73.

³⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Ampliando os Direitos da Personalidade*. 20 anos da Constituição Cidadã de 1988 (org. José Ribas Viera). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 378-9.

doutrina a afirmar acerca da autodisponibilidade de exercício e fruição da dignidade da pessoa humana³⁶.

Nesse passo, deve-se entender que nenhuma pessoa pode vir a ser objeto de ofensas ou humilhações, mesmo que sejam elas decorrentes da ação do Estado para punir criminosos. Não deve o Estado obrigar que a vítima de crime contra sua dignidade sexual – bem jurídico que visa proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção neste cenário³⁷ – se exponha aos trâmites processuais ínsitos à ação penal, na medida em que cada atuação processual retrotrai à vítima no tempo, levando-a de volta ao drama que sofreu e que se vê obrigada a reviver³⁸.

Ainda que se considere que a quantidade de dano, a intensidade da dor, o prejuízo para o futuro da vítima ou de seus parentes são critérios importantes não apenas para um Direito penal baseado na retribuição do delito³⁹, mas também para efeito de estabelecer as cominações penais e para determinar a pena a ser imposta ao réu no processo penal⁴⁰, há de se convir que nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, em que o cerimonial

³⁶ DIMOULIS, Dimitri (org.) *et alli*. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.115.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual – comentários à Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 14.

³⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.126.

³⁹ Não será demais recordar que “a idéia de que a pena serve como uma forma de retribuição equivalente ao mal que o infrator causou com o cometimento do crime, isto é, como o *imperativo categórico* concebido por KANT, é bastante antiga, remontando aos princípios taliônicos, expressos sinteticamente na máxima: *olho por olho; dente por dente*. HEGEL, que também defendia o caráter retributivo da pena, por seu turno, imaginava a pena como sendo o produto de um raciocínio lógico-jurídico, que implicava na *negação da negação*, portanto na reafirmação do direito: o crime é uma a negação ao Direito; sendo a pena a negação desta negação, é justa. Seguindo o pensamento deste filósofo, para o mal *injusto* do crime, inflige-se ao seu autor o mal *justo* da pena. Apesar de estarem estes conceitos amarelecidos pelo desenvolvimento de outras teorias, como veremos a seguir, nota-se bem que ainda guardam impressionante atualidade. Basta que se faça a leitura do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, e se verificará que o caráter retributivo da pena permanece como um dos seus mais sólidos alicerces” (CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro – a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro. Revan, 2004, p. 50-1).

⁴⁰ HASSEMER, Winfrid e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 211 (tradução livre).

degradante do processo penal atinge a vítima de modo especialmente sensível, deve o Estado retrair-se em prol da preservação do interesse individual.

Não se pode esquecer que, segundo estudos criminológicos desenvolvidos por Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, em casos de crimes praticados em detrimento da dignidade sexual da vítima, esta “percebe muito negativamente as atitudes dos funcionários não especializados que a questionam sobre as circunstâncias da agressão sexual, observando nas mesmas uma reprovação ou acusação velada a sua própria conduta”. Para estes autores, “a versão manipuladora do defensor de quem a agrediu, culpabilizando-a pelo acontecido, constantemente e ante o próprio Tribunal, opera como uma humilhação ulterior difícil de superar, humilhação que se agravará mais ainda se a sentença é absolutória ou prosperam conhecidas técnicas de neutralização em favor do agressor”⁴¹.

Este entendimento se afina com o pensamento de que o Estado tem que observar a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ninguém pode ser tratado de modo “impessoal” pelo Estado, como se fosse um objeto, nem mesmo quando o Estado age movido de “boas intenções”⁴². Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula-se à obrigação estatal de zelar e garantir o mínimo necessário para que se configure uma existência digna.

5. CONCLUSÃO

Primeiramente, é de se ter por absolutamente inconsistente a argumentação no sentido de que o condicionamento da ação penal à representação produzirá um “festival de impunidade”, na medida em que as

⁴¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. Ob. e p. cit.

⁴² A título ilustrativo, veja-se as seguintes decisões do Tribunal Constitucional Alemão, de onde foram extraídas as expressões citadas: BVERFGE 30,1 e BVERFGE 45, 187, in: *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original de SCHWBE, Jürgen. Organização e introdução de MARTINS, Leonardo. Trad. HENNIG, B; MARTINS, L.; CARVALHO, M. B.; CASTRO, T. M.; FERREIRA, V. G. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 179 à 182.

vítimas das causas em andamento poderão (e deverão) formalizar a representação em face dos acusados e que, apenas se assim não fizerem, incidirá a extinção da punibilidade pela decadência e os processos serão extintos.

No tocante aos casos de estupro violento ou, mais especificamente, o seguido de morte de que cogita ADI, a questão referente à necessidade de formulação da representação se resolve com facilidade, aplicando-se o artigo 24, § 1º, do CPP, que estabelece que “no caso de morte do ofendido ou quando [este for] declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

Note-se, por outro lado, que há exigência legal de serem prestadas informações processuais à vítima de qualquer crime acerca de determinados atos do processo, norma inscrita no artigo 201, § 2º, do Código de Processo Penal, assim redigida: “o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída da prisão, à designação de data para audiência e a sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”. Prevê, ainda, o § 3º do mesmo dispositivo que “as comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico”.

Assim sendo, aplicando-se subsidiariamente esta regra processual, deverá ser o ofendido, ou seu substituto legal em caso de morte do primeiro, notificado quanto à necessidade de formalizar a representação em face do réu, caso deseje, ficando, deste modo, a critério exclusivo da vítima, seu cônjuge, descendentes ou ascendentes manifestar interesse no prosseguimento ou não da ação penal.

Por fim, considera-se que o atual regime é mais consentâneo com o princípio da dignidade humana, ao contrário do sustentado na ADI 4301, pois faculta ao ofendido decidir se quer ou não o movimento do aparelho estatal. Mas não lhe permite, por outro lado, depois iniciada a ação penal pública, voltar atrás. Por tudo, entende-se deva dita medida ser julgada improcedente e mantida.