

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

SARAH ALFENA DE SOUZA

**DA TUTELA DOS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE:
Evolução legislativa dos crimes contra a dignidade sexual**

VOLTA REDONDA
2018

SARAH ALFENA DE SOUZA

**DA TUTELA DOS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE:
Evolução legislativa dos crimes contra a dignidade sexual**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. ANNA CECÍLIA FARO BONAN

Volta Redonda
2018

Ficha catalográfica automática - SDC/BAVR

S719t Souza, Sarah Alfena de
Da tutela dos costumes à tutela da dignidade: evolução
legislativa dos crimes contra a dignidade sexual / Sarah
Alfena de Souza ; Anna Cecília Faro Bonan, orientadora.
Volta Redonda, 2018.
82 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências
Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2018.

1. Crime sexual. 2. Estupro. 3. Produção intelectual. I.
Título II. Faro Bonan, Anna Cecília, orientadora. III.
Universidade Federal Fluminense. Instituto de Ciências
Humanas e Sociais. Departamento de Direito.

CDD -

SARAH ALFENA DE SOUZA

**DA TUTELA DOS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE:
Evolução legislativa dos crimes contra a dignidade sexual**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Me. Anna Cecília Faro Bonan.

Aprovada em 11 de dezembro de 2018.

Professora Me. Anna Cecília Faro Bonan (orientadora)
UFF – Universidade Federal Fluminense

Professora Dra. Carla Appollinario de Castro
UFF – Universidade Federal Fluminense

Professora Me. Luciana Costa Fernandes
UFRRJ – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Volta Redonda

Dedico esse trabalho e as reflexões que me proporcionou a todas e todos que participaram desses cinco anos de graduação, grata pelo incentivo e inspiração que suas vidas representaram para mim.

AGRADECIMENTOS

Há cinco anos, quando conferi o resultado do SISU e percebi ter sido aprovada, pelo sistema de cotas, no curso de Direito da UFF, experimentei o reconhecimento pelo esforço e dedicação aos estudos. Ao mesmo tempo, sabia que a aprovação se devia a muitos outros esforços além dos meus, como se, em grande parte, não tivesse dependido apenas de mim.

Hoje, sou tomada novamente por esse sentimento, surpreendida pela conclusão do curso e pela brevidade com que os anos se passaram, e certa de que devo ser grata a tantos que tornaram essa conquista possível.

Aos meus pais, irmãos, cunhadas e sobrinho, agradeço por sempre criarem um ambiente favorável aos meus estudos – não me refiro a manter a casa em silêncio, porque isso vocês não fizeram (risos) – com investimento, incentivo e o apoio mais valioso que eu poderia ter. Receber as mensagens carinhosas antes de provas importantes me enchia de coragem. Amo vocês!

À tia Ruth, tio Zé e Polly, agradeço a acolhida que recebi. Com paciência e generosidade, vocês abriram sua casa para que fosse também minha. Se eu cheguei até aqui, devo isso a vocês!

Aos meus amigos, que se alegraram pela aprovação, e agora celebram a conclusão do curso, agradeço por me acompanharem, certa de que torceram e oraram por tudo que fez parte desses cinco anos.

Aos meus amigos de turma, agradeço com o coração já apertado pela saudade. Nosso comportamento, quase sempre apático e pouco entusiasmado pelo Direito, fez de nós a turma mais quieta e menos participativa. Mas essa compatibilidade e o companheirismo com que nos tratamos me dão a certeza de que não poderia ter estado em turma melhor.

Aos amigos do Ministério Público em Volta Redonda, especialmente às meninas das Promotorias da Infância, agradeço o aprendizado que me proporcionaram, mas, acima de tudo, agradeço pela amizade que construímos. Obrigada por me inspirarem com inteligência, competência e sensibilidade.

A todos da Procuradoria da República em Volta Redonda, agradeço pela agradável convivência que me proporcionaram. Especialmente aos meninos do 2º OTCC, agradeço pelo tratamento carinhoso, respeitoso e paciente que recebi em todo tempo de estágio. Sou grata pela sorte de ter feito parte dessa sala.

Aos professores, servidores e funcionários terceirizados da UFF, agradeço por fazer parte dessa comunidade, e por colher os frutos, em minha vida acadêmica e profissional, do comprometimento e esforço de vocês.

À Cissa, minha orientadora, agradeço pelas provocações e reflexões que nossas conversas, ainda que breves, significaram para mim. Obrigada pelo tratamento sempre gentil, compreensivo e paciente.

A Deus, agradeço por ter aberto as portas para mim. Sinto que fui presenteada com todas as experiências que vivi e pessoas com quem convivi. Olhando para trás, só posso ver Sua bondade e misericórdia me perseguindo todos os dias da minha vida.

“Não à violência do coração, não à violência da palavra, não à violência do
punho.”

Martin Luther King

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o tratamento jurídico-penal da violência sexual contra as mulheres, especialmente as condutas atualmente incluídas no Título VI do Código Penal, referente aos crimes contra a dignidade sexual. A análise da legislação penal permite concluir que, historicamente, os crimes sexuais foram tratados como crimes contra os costumes, compreensão distanciada da tutela da vítima e alimentada por ideias preconceituosas e estigmatizantes. Somente em 2009, após significativas alterações da Parte Especial do Código Penal, passou-se a prever a tutela da dignidade sexual. Contudo, apesar da evolução legislativa, o aporte legal, doutrinário e jurisprudencial relativo aos crimes sexuais ainda é fonte de divergências e não poucas vezes de polêmicas, em razão, entre outras coisas, das ambiguidades dos delitos inscritos no Código Penal. Mesmo após a edição da Lei nº 13.718 de 2018, e o surgimento do novo tipo penal de importunação sexual, considerações sobre o tema ainda se fazem necessárias. A presente pesquisa bibliográfica e a avaliação qualitativa do tema, observado sob a perspectiva jurídico-sociológica, e a contribuição da epistemologia feminista, revelam mais que a mera lacuna legal que se poderia supor no Título VI do Código Penal. Evidencia-se a necessidade de reformulação dos tipos penais com a superação da exigência de violência ou grave ameaça para caracterizar o dissenso da vítima.

Palavras-chave: Dignidade sexual. Crimes sexuais. Importunação sexual. Estupro. Lei nº 12.015/09. Lei 13.718/09.

ABSTRACT

This monograph has as its object the legal-penal treatment of sexual violence against women, especially the conduct currently included in Title VI of the Criminal Code, concerning crimes against sexual dignity. The analysis of criminal Law allows us to conclude that, historically, sexual crimes have been treated as crimes against customs, distant understanding of the victim's guardianship and fueled by prejudiced and stigmatizing ideas. Only in 2009, after significant changes of the Special Part of the Penal Code, protection of sexual dignity was envisaged. However, in spite of legislative developments, legal, doctrinal and jurisprudential contributions related to sexual offenses are still a source of divergence, and frequently, controversy, due, among other things, to the ambiguities of crimes included in the Penal Code. Even after the enactment of Law n. 13.718 of 2018, and the emergence of the new criminal type of sexual harassment, considerations on the subject are still necessary. The present bibliographic research and the qualitative evaluation of the subject, observed from a juridical-sociological perspective, and the contribution of feminist epistemology, reveal more than the mere legal gap that could be assumed in Title VI of the Penal Code. There is evidence of the need to reformulate the criminal types of offenses with the overcoming of requirement of violence or serious threat to characterize the dissent of the victim.

Keywords: Sexual dignity. Sexual crimes. Sexual harassment. Rape. Law n. 12.015. Law n. 13.718.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CEDAW - Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

CEJIL - Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CLADEM - Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher

CP - Código Penal

CPMI - Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas

Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

Sinan - Sistema de Informação de Agravos de Notificação

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ABORDAGENS TEÓRICAS DO TEMA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER...	16
1.1 COSTUMES E VIOLÊNCIA DE GÊNERO	21
1.2 DIREITO E VIOLÊNCIA DE GÊNERO	24
2 DA TUTELA DOS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE	37
2.1 RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO	38
2.2 HISTÓRICO E ANÁLISE PONTUAL DA LEI Nº 12.015 DE 2009.....	40
2.3 ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE ESTUPRO.....	44
3 PROBLEMÁTICAS RELATIVAS AOS CRIMES SEXUAIS	53
3.1 “O CASO DO EJACULADOR DO ÔNIBUS”	53
3.2 LACUNA LEGAL E A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	57
3.3 HISTÓRICO DA LEI Nº 13.718 DE 2018.....	60
3.4 IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E DEMAIS ALTERAÇÕES RELEVANTES	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o tratamento jurídico-penal da violência sexual contra as mulheres, especialmente as condutas atualmente incluídas no Título VI do Código Penal, referente aos crimes contra a dignidade sexual.

Segundo o Atlas da Violência de 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em 2016, foram registrados 49.497 casos de estupro nas polícias, conforme o 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Naquele ano, no Sistema Único de Saúde foram registrados 22.918 casos.

Os números, em razão da subnotificação, mostram-se incapazes de quantificar com precisão a realidade, mas ainda assim são importantes para traçar uma perspectiva do problema, sobretudo devido à indisponibilidade quase geral de dados.

O que se têm são dados administrativos provenientes das polícias, reunidos pelo FBSP, e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), no âmbito da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde.

A Lei nº 10.778 de 2003 passou a prever a compulsoriedade da notificação de violência – física, sexual e psicológica – contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados.

A Portaria de Consolidação nº 4, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde, determina a comunicação obrigatória à autoridade de saúde, por médicos, profissionais de saúde e responsáveis por estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, em caso de suspeita ou confirmação de violência sexual, classificada como agravo¹ na Lista Nacional de Notificação Compulsória. Essas informações compõem o Sinan e ajudam a construir o quadro de ocorrências de violência sexual que se tem atualmente.

Ainda, conforme divulgado pelo Ipea, na “Nota Técnica Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde” (2014), segundo dados do Sinan de 2011, ano em que foram notificados 12.087 casos de estupro no Brasil, 88,5% das

¹ Art. 2º, inciso I da Seção I, Capítulo I do Anexo V da Portaria de Consolidação nº 4, de 28 de Setembro de 2017, do Ministério da Saúde: agravo: qualquer dano à integridade física ou mental do indivíduo, provocado por circunstâncias nocivas, tais como acidentes, intoxicações por substâncias químicas, abuso de drogas ou lesões decorrentes de violências interpessoais, como agressões e maus tratos, e lesão autoprovocada.

vítimas eram do sexo feminino e mais da metade tinha menos de 13 anos de idade. Em 2016, mais da metade das vítimas continua sendo crianças dessa faixa etária, conforme o Atlas da Violência 2018, o que denuncia a realidade de perigo em que vivem mulheres e crianças brasileiras.

O elevado número de registros, ainda que subnotificados, sugere a existência do que se intitula “cultura do estupro” – termo que passou a ser utilizado a partir de 1960 para designar o incentivo da sociedade à violência sexual contra as mulheres (SEMÍRAMIS, 2013) – e denuncia a vulnerabilidade feminina decorrente de um contexto cultural em que a mulher é situada como objeto sexual.

Importa observar que a notificação dos casos terá como consequência o início de investigações e, possivelmente, de ações penais promovidas com o fim de punir o agente. Nesse momento, juízes, advogados e promotores se debruçarão sobre fatos e leis buscando “solucioná-los”.

A análise da legislação penal permite concluir que, historicamente, os crimes sexuais foram tratados como crimes contra os costumes, compreensão distanciada da tutela da vítima e alimentada por ideias preconceituosas e estigmatizantes. Somente em 2009, após significativas alterações da Parte Especial do Código Penal, passou-se a prever a tutela da dignidade sexual.

Contudo, apesar da evolução legislativa, o aporte legal, doutrinário e jurisprudencial relativo aos crimes sexuais ainda é fonte de divergências e não poucas vezes de polêmicas, em razão, entre outras coisas, das ambiguidades dos tipos inscritos no Código Penal relacionados ao tema.

Até setembro de 2018, enquanto este trabalho estava sendo elaborado, era possível identificar a aparente ausência de um tipo penal que permitisse a correta tipificação de condutas intermediárias, considerados o desvalor da ação e do resultado.

Este apontamento tornou-se claro com o fato ocorrido no interior de um ônibus municipal que percorria a Avenida Paulista, em São Paulo/SP, em 29 de agosto de 2017, quando um homem, masturbando-se, ejaculou no ombro de uma mulher, o que foi amplamente divulgado nos jornais nacionais.

Após o juiz-presidente da audiência de custódia, José Eugênio do Amaral Souza Neto², determinar a liberação de Diego Ferreira de Novais, sob o argumento de que não houve constrangimento no caso e, portanto, não teria havido crime de estupro³, as redes sociais foram tomadas de manifestações de estranhamento e inconformismo com a decisão, sobretudo em razão da alegada ausência de constrangimento.

Dias após a liberação, o homem foi preso novamente, conforme noticiado pelo *site* O Globo (2017). Contudo, no novo episódio foi indiciado por estupro, já que teria esfregado seu pênis no ombro de uma passageira em um coletivo e tentado impedi-la de fugir, segurando-a pela perna.

Em 25 de setembro de 2018, foi então publicada no Diário Oficial a Lei nº 13.718, alterando o Código Penal e promovendo, dentre outras coisas, a criação do tipo de importunação sexual, inscrito no art. 215-A, a modificação da natureza da ação penal dos principais crimes do Título VI e a revogação da contravenção penal identificada como importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do Decreto-lei nº 3.688, de 1941).

A novidade legislativa, promovida com a clara finalidade de oferecer uma reação penal a casos semelhantes ao narrado, suscita críticas. Quando a autoridade policial é informada da possível ocorrência de um crime cuja ação penal é de natureza pública incondicionada, impõe-se a instauração de inquérito e o oferecimento de denúncia contra o autor do crime, pelo órgão acusador, caso se reúnam provas suficientes da autoria e materialidade.

Impor esse tratamento aos crimes contra a dignidade sexual pode aparentar uma maior proteção às vítimas, na tentativa de reduzir a impunidade dos agentes. Entretanto, a alteração legal ignora o juízo de conveniência que a própria vítima deve ter a oportunidade de realizar sobre a investigação e o processo, em razão das inúmeras consequências que a intervenção da polícia e do Poder Judiciário pode provocar sobre sua vida e intimidade⁴.

² A decisão proferida no auto de prisão em flagrante do processo nº 0076565-59.2017.8.26.0050 foi obtida no *site* Carta Capital, conforme referência localizada ao fim do trabalho.

³ No entendimento do magistrado, a conduta se amoldava à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/41, punida apenas com multa, razão pela qual a determinação de prisão preventiva (artigo 313 CPP) não seria possível, exigindo-se o relaxamento da prisão em flagrante.

⁴ A expressão latina *strepitus fori* (ruído do foro) sintetiza essa repercussão, por vezes indesejada pela vítima, que o processo pode acarretar (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

É perigoso, pelas razões mencionadas, que a alteração seja contraproducente e acabe por incentivar ainda mais a subnotificação desses delitos, sendo essa uma das críticas que se faz à novidade legislativa. Nota-se, portanto, as inúmeras ambiguidades e dificuldades envolvidas no tema, que não podem ser evitadas ou ignoradas, já que a sexualidade se constitui em um dos aspectos mais íntimos e sensíveis da existência humana.

Por essa razão e por tantas outras a serem identificadas e mencionadas nesse trabalho, é relevante e urgente analisar o ordenamento jurídico, revelar as compreensões que serviram de base para a legislação passada e atual e tecer considerações acerca do tratamento dado aos crimes sexuais.

Essas são formas de contribuir para a construção do pensamento crítico do tema no ambiente acadêmico, o que, em última instância, é um meio de combater essa modalidade de violência. Para isso, tem-se como objetivo geral construir considerações acerca do atual tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, anteriormente crimes contra os costumes.

Os capítulos deste trabalho foram organizados levando-se em conta os objetivos específicos que orientaram sua elaboração. Desse modo, o Capítulo I aborda as perspectivas sociais e antropológicas sob as quais o tema da violência contra as mulheres tem sido abordado, como violência de gênero, a fim de construir um panorama que se tem da temática.

Além disso, faz-se uma breve análise da legislação que teve vigência no Brasil desde a chegada dos colonizadores portugueses, e das normas que sedimentaram um modelo hierarquizado e violento de administração dos conflitos familiares e conjugais.

Em seguida, destacam-se as relevantes mudanças promovidas mais recentemente na legislação, a partir do arcabouço teórico e jurídico, nacional e internacional, sobre o tema da violência contra a mulher, e a importante visibilização e incorporação nas leis das formas de violência existentes

O Capítulo II se volta ao tratamento jurídico-penal dos crimes sexuais, com a análise do Código Penal brasileiro e das alterações legislativas que promoveram profundas modificações na percepção desses crimes, sobretudo quanto ao bem jurídico tutelado.

Especial atenção foi conferida à Lei nº 12.015 de 2009 e ao delito de estupro, com a análise de suas elementares e das interpretações doutrinárias promovidas sobre o tipo penal.

Dessas considerações advém a análise, no Capítulo III, do “caso do ejaculador do ônibus” e das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais suscitadas com o episódio, bem como das problemáticas relativas aos crimes sexuais. Aborda-se o questionamento sobre o eventual vácuo legislativo referente à tipificação de condutas intermediárias em nível de gravidade e desvalor do resultado, questão que se apresenta como o problema de pesquisa deste trabalho.

Algumas considerações foram feitas, ainda, sobre a Lei nº 13.718 de 2018, a mais recente alteração nos crimes sexuais do Código Penal brasileiro, e sobre uma de suas principais previsões, o novo tipo penal de importunação sexual.

Por fim, são apresentadas as considerações finais do trabalho e das observações construídas por meio da pesquisa bibliográfica e da avaliação qualitativa do tema, observado sob a perspectiva jurídico-sociológica.

1 ABORDAGENS TEÓRICAS DO TEMA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A facilidade com que se pode constatar formas de violência contra as mulheres nos mais diversos contextos históricos, geográficos e culturais, atingindo vítimas de variadas idades, classes sociais, crenças e etnias, sugere que se trata de um problema universal, e não apenas de atos isolados.

Exemplos disso se evidenciam nos mais variados contextos, como na literatura, no cinema, nos casos noticiados com recorrência nos jornais mundiais ou, ainda, no relato bíblico do estupro praticado por Amnon à sua meia-irmã Tamar (II SAMUEL, 13, 1-22), respeitada a historicidade desse registro. Tal constatação implica, inevitavelmente, na abordagem das relações construídas entre homens e mulheres.

Isso porque, a violência, apesar de ser um elemento constante nas relações humanas, assume formas e expressões que sinalizam para a maneira como as interações sociais são construídas. Desse modo, pode ser compreendida enquanto ato, sobretudo para a responsabilização de seus agentes, e também como processo, resultante da interação de fatores diversos, de ordens histórica, social, econômica, cultural, religiosa, institucional e familiar.

A importância de se fazer um recorte nos dados quantitativos e estatísticos reside na possibilidade de revelar esses processos de violência e lançar luz sobre os fatores que influenciam as interações sociais.

É possível afirmar, a partir disso, que a violência contra as mulheres se apresenta como a “ponta de um *iceberg*” e compreendê-la de outra maneira impede a apreensão da amplitude do problema e o seu adequado enfrentamento.

Atualmente, a violência contra a mulher é entendida como uma expressão da violência de gênero. Significa dizer que o fenômeno não decorre apenas das distinções associadas ao sexo, realidade biológica do ser humano, mas está relacionado a aspectos sociais e culturais que afetam e influenciam a formação do que se entende por masculino e feminino.

Com o uso da categoria de gênero, essa forma de violência é compreendida como produto de um fenômeno passível de ser explicado por fatores sociais que, transmitidos por gerações, naturalizaram a ideia de inferioridade e fraqueza feminina.

Santos e Izumino (2005, p. 156) apontam o trabalho de Joan Scott, historiadora e feminista americana, como principal referência para os estudos sobre gênero no Brasil. No artigo intitulado “*Gender: A useful category of historical analysis*”, publicado em 1988, foi formulada a definição de gênero. Gênero é identificado como o elemento constitutivo das relações sociais, baseado em diferenças percebidas entre os sexos (SCOTT, 1988).

Segundo Machado (1998a, p. 108), a categoria de gênero seria uma forma de desassociar a noção biológica de sexo da noção social de gênero; a partir disso, haveria um privilegiamento metodológico das relações de gênero.

Para Saffioti (1987, p. 08),

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem.

A autora, uma das primeiras brasileiras a utilizar o termo (SANTOS e IZUMINO, 2005, p. 156), prossegue afirmando que todos os fenômenos naturais passam por esse processo de elaboração social, razão pela qual reconhece a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de se diferenciar a natureza daquilo em que foi transformada por processos socioculturais (SAFFIOTI, 1987, p. 10).

Contudo, observa a existência de um movimento inverso, no sentido de naturalizar tais processos. Nesse movimento, a inferioridade social da mulher seria naturalizada ou justificada por fatores como a maior força física de que os homens, em regra, são dotados ou pela alegação de que os homens são mais inteligentes.

Entretanto, a autora evidencia que a validade de tais argumentos não se sustenta, já que as mulheres, usualmente, têm maior longevidade que os homens – o que decorre, dentre outras coisas, de fatores hormonais; e a inteligência, segundo a ciência, é compreendida como resultado dos estímulos que uma pessoa recebe no desenvolvimento de suas faculdades.

Dessas constatações, conclui que a inferioridade feminina decorre de fatores exclusivamente sociais e que a ideologia machista legitima a dominação da mulher pelo homem. Como consequência, reconhece a tolerância e até o incentivo da

sociedade para que homens exerçam sua força-potência-dominação contra as mulheres, em detrimento de uma virilidade doce e sensível (SAFFIOTI, 1999).

Como explica a autora (1999, p. 86), “Violência de gênero, inclusive em suas modalidades familiar e doméstica, não ocorre aleatoriamente, mas deriva de uma organização social de gênero que privilegia o masculino.”

É relevante considerar que o conceito de gênero não inclui, necessariamente, a noção de desigualdade entre homens e mulheres, apesar de comumente se perceber uma associação entre as ideias. Nesse ponto, o conceito se diferencia da noção de patriarcado, em que se denota a primazia masculina (SAFFIOTI, 1999).

A noção de violência de gênero, inserida nas discussões sobre o tema a partir de 1990 (SANTOS e IZUMINO, 2005), deve ser diferenciada, ainda, de conceitos próximos, mas distintos, que usualmente são empregados no mesmo contexto, tais quais violência familiar e violência doméstica, compreendidas na violência de gênero.

Segundo a diferenciação proposta por Saffioti (1999), a violência familiar é aquela praticada entre membros de uma mesma família, extensa ou nuclear, considerada a consanguinidade e a afinidade, podendo ocorrer no domicílio ou fora dele.

A violência doméstica, por sua vez, sobrepõe-se à violência familiar em razão da possibilidade de atingir pessoas que não pertençam à família, mas convivam, integral ou parcialmente, no mesmo domicílio do agressor.

Nesse ponto, é relevante destacar que, segundo o Atlas da Violência de 2018, em 2016, 30% dos casos de estupro contra crianças foram perpetrados por familiares próximos, como pais, irmãos e padrastos. Nas ocorrências em que pessoas adultas foram vítimas, 46,1% dos casos foram praticados por pessoas conhecidas (CERQUEIRA et al., 2018).

Portanto, a diferenciação das modalidades mencionadas é importante para compreender em que espaços e no contexto de quais relações a violência se manifesta. Nesse sentido, um importante apontamento é feito no trecho a seguir

O feminismo faz uma denúncia justíssima sobre a violência contra a mulher, sobretudo para ressaltar que essa violência, que ocorre geralmente no âmbito privado, não é motivada por simples comportamento doente e agressivo do perpetrador, mas por uma ideologia sexista e misógina, que

autoriza os homens a agirem com violência. O principal argumento em relação a isso é que a maioria desses homens não manifestam comportamento violento no âmbito público, o que demonstra que a violência doméstica é perpetrada de forma localizada e voltada à mulher, evidenciando a motivação específica apenas para esses casos, que ressaltam uma ideologia sexista e/ou misógina estrutural (LUCENA, 2017, p. 1).

É relevante observar que a compreensão do tema da violência contra a mulher e a leitura desses conceitos podem ocorrer a partir de diferentes perspectivas. Santos e Izumino, no artigo em que fazem uma revisão crítica das principais referências teóricas das Ciências Sociais na área da violência contra as mulheres no Brasil, identificam três categorias teóricas.

Entre os trabalhos que vieram a se constituir como referências a esses estudos, identificamos três correntes teóricas: a primeira, que denominamos de dominação masculina, define violência contra as mulheres como expressão de dominação da mulher pelo homem, resultando na anulação da autonomia da mulher, concebida tanto como “vítima” quanto como “cúmplice” da dominação masculina; a segunda corrente, que chamamos de dominação patriarcal, é influenciada pela perspectiva feminista e marxista, compreendendo violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino; a terceira corrente, que nomeamos de relacional, relativiza as noções de dominação masculina e vitimização feminina, concebendo violência como uma forma de comunicação e um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice” (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 148).

Como expoente da primeira corrente, referente à dominação masculina, Santos e Izumino (2005) citam Marilena Chauí. No trabalho intitulado “Participando do debate sobre mulher e violência” (1985), Chauí concebe a ideologia de dominação masculina, reproduzida por homens e mulheres, como a causa para a violência contra as mulheres. Dessa forma, a violência se constituiria em uma ação transformadora de diferenças em desigualdades hierárquicas, com a finalidade de dominar, explorar e oprimir (CHAUÍ, 1985).

A ideologia de dominação definiria a condição feminina como inferior à condição masculina. O ser dominado é tratado, nesse contexto, como objeto e não sujeito, tornando-se dependente e passivo, e destituído de autonomia (CHAUÍ, 1985).

A segunda corrente, construída sob a perspectiva feminista e marxista do patriarcado, e introduzida no Brasil pela socióloga Heleieth Saffioti, já citada algumas vezes nesse trabalho, relaciona a dominação masculina a outras formas de

dominação, percebidas no sistema capitalista e racista. Essa perspectiva pode ser facilmente percebida no livro “O poder do macho”, de 1987.

Saffioti (1987) situa o patriarcado em um quadro mais amplo, em que estão também o capitalismo e o racismo. O patriarcado, segundo ela, é um sistema de dominação, alimentado pela ideologia machista, que se manifesta no campo político e ideológico; é, ainda, um sistema de exploração, manifesto no terreno econômico.

Em razão da combinação desses fatores, as mulheres negras ocupariam a posição alvo de maior discriminação na sociedade, ao passo que o homem rico, branco e adulto se beneficiaria da simbiose de dominação e exploração produzidas no interior do sistema.

Nesse ponto, a história brasileira não permite olvidar dos séculos de escravidão e do impacto desse histórico sobre a configuração social, cultural e econômica atual. Empiricamente, é possível verificar a maior afetação da população negra pela violência. O “Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil” indica que a análise do marcador de cor ou raça revela como a população negra é vítima prioritária da violência homicida no Brasil, com poucas exceções geográficas.

Aponta-se, ainda, a tendência histórica de redução das taxas de homicídio da população branca, enquanto a taxa de mortalidade de pessoas negras segue a tendência oposta de crescimento. Quanto à vitimização de mulheres, o Mapa revela que

As taxas de homicídio de mulheres brancas caíram 11,9%: de 3,6 por 100 mil brancas, em 2003, para 3,2 em 2013. Em contrapartida, as taxas das mulheres negras cresceram 19,5%, passando, nesse mesmo período, de 4,5 para 5,4 por 100 mil (WAISELFISZ, 2015, p. 33).

Na obra mencionada, Saffioti aponta que a relação assimétrica estabelecida entre homens e mulheres decorre da construção da concepção que se tem do “macho”. Essa construção é alimentada pela ideologia machista, legitimadora da dominação da mulher pelo homem.

A personalidade masculina destinada a desempenhar o poder do macho seria constituída a partir de elementos como a competição, agressividade, dureza, intransigência, firmeza (SAFFIOTI, 1987, p. 36). As mulheres, por sua vez, pertencentes ao “sexo frágil”, seriam associadas a características supostamente

inatas à sua personalidade, comumente tidas como negativas, tais como a emoção, fragilidade, resignação, irracionalidade e insegurança (SAFFIOTI, 1987, p. 34).

É relevante o reiterado destaque que Saffioti faz a respeito de como esse desenho das relações é prejudicial, sobretudo às mulheres, mas também aos homens

Os homens temem ser considerados menos machos se forem flexíveis, pacíficos e generosos. As mulheres temem ser tomadas como pouco femininas, incapazes de conservar o "amor" do companheiro, se se revelarem empreendedoras, dinâmicas, bem-sucedidas (SAFFIOTI, 1987, p. 39).

A terceira corrente identificada por Santos e Izumino (2005, p. 151), utilizada para compreender o tema da violência contra a mulher, tem como expoente Maria Filomena Gregori e o trabalho *Cenas e Queixas*, publicado no início dos anos 1990. Essa corrente relativiza a perspectiva dominação-vitimização e situa a violência como parte da comunicação desenvolvida nos relacionamentos conjugais, sem desconsiderar a perversidade desse evento.

A violência não seria uma expressão de poder, mas de um jogo relacional, em que a mulher é dotada de autonomia, logo, não ocuparia, sempre, o lugar de vítima – nesse ponto, a terceira corrente se diferencia da primeira.

É certo que essa perspectiva suscita críticas, entre elas a de que não se pode compreender a relação entre homens e mulheres como uma interação permeada de igualdade social (SANTOS e IZUMINO, 2005, p. 153).

1.1 COSTUMES E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A apresentação desse breve panorama das abordagens utilizadas quanto à violência contra a mulher, ainda que de modo sucinto, decorre da necessidade de se explicitar os conceitos e correntes de pensamento que permeiam o tema.

Deve-se, ainda, ao entendimento de que as considerações jurídicas que se seguirão não podem ser realizadas de modo estanque e desconectado dos aspectos culturais, sociológicos, antropológicos e políticos imbricados.

Saffioti identifica diversos desdobramentos práticos das concepções machistas adotadas na socialização masculina, que constrói a figura do “macho”. Dentre eles, aponta o fato amplamente conhecido de que seguros de automóveis

exclusivamente dirigidos por mulheres custam menos, porque, em geral, elas não usam o carro como arma, correm menos e são mais prudentes. Por outro lado, frequentemente, homens são incentivados a adotarem posturas agressivas e perigosas como sinal de coragem (SAFFIOTI, 2004, p. 35).

No aspecto da sexualidade, a autora faz o seguinte apontamento

Os condicionamentos sociais induzem muitos a acreditar na incontrolabilidade da sexualidade masculina. Se assim fora, ter-se-iam relações sexuais, ou mesmo estupros, nas ruas, nos salões de dança, nos restaurantes, nos cafés etc. Obviamente, qualquer pessoa, seja homem ou mulher, pode controlar seu desejo, postergar sua concretização, esperar o momento e o local apropriados para a busca do prazer sexual. É evidente que a esmagadora maioria de homens e de mulheres atua desta maneira, mesmo porque a sociedade é regida por numerosas normas. Não se trata de leis como as da Física, que ocorrem inexoravelmente (SAFFIOTI, 2004, p. 27).

A compreensão de incontrolabilidade sexual masculina, marcante na caracterização do “macho”, esconde um perigo que se evidencia com muita facilidade, sobretudo diante de casos de estupro com repercussão midiática.

Nesse contexto, essa ideia é usada para justificar a violência, sobretudo sexual, contra as mulheres, na crença de que a sexualidade masculina é incontida, de modo que recai sobre as mulheres, por meio de comportamentos e vestimentas, por exemplo, a responsabilidade de não criarem condições para serem atacadas.

Esse destaque é realizado também por Lia Zanotta Machado (1998b, p. 236)

Como “fraqueza sexual” pode rimar com macheza? É como se o impensado da sexualidade masculina, aquilo que ela tivesse de mais natural, fosse exatamente a fraqueza, isto é, a disponibilidade absoluta, a prontidão permanente para ter a mulher como objeto de relação sexual. Assim, macho mesmo, do ponto de vista sexual é fraco, ou seja, não se segura. A virilidade supõe no mais profundo do impensado, isto é, do que é vivido como natural, a disponibilidade total para a realização da atividade sexual. Virilidade está associada ao lugar simbólico do masculino como lugar da iniciativa sexual.

Curiosamente, diante de casos de abuso sexual, é comum que se façam perquirições sobre a vítima, sua vida pregressa e seu comportamento. Em alguns casos, a conclusão desse tipo de investigação ameniza o sentimento coletivo de indignação sobre o fato, transferindo para a vítima a culpa pela violência sofrida.

Subjacente a essa postura está a ideia de virilidade sexual masculina, cuja característica principal é a incontrolabilidade. Assim, a mulher deve conter seu

comportamento e sua liberdade e vigiar os ambientes e horários em que circula para que não se torne vítima de um atentado sexual⁵.

A observação desses fenômenos, apesar de parecerem corriqueiros e insignificantes no tratamento de um problema complexo como a violência contra as mulheres, é fundamental para que se compreenda que, de fato, a socialização de homens e mulheres é permeada por conceitos que acabam por promover a violência.

Muitas vezes, a complexidade de relacionamentos amorosos e familiares é subestimada, ignorando-se que esses são contextos frequentes de ocorrência de violência de gênero, em razão de mitos que promovem e reforçam a desigualdade entre homens e mulheres.

Os encontros românticos, os namoros, casamentos, as famílias e ambientes domésticos se constituem em um campo de forças com dinâmicas próprias, o que faz a violência surgida nesses meios se distinguir inteiramente das demais, exigindo análises desafiadoras para seu adequado enfrentamento.

Frequentemente, mulheres vítimas de ameaças e lesões não têm interesse em ver seus agressores processados ou presos, porque eles são seus namorados, companheiros ou maridos, pais de seus filhos, a quem dispensaram cuidado e amor, e, possivelmente, de quem já receberam expressões de carinho e promessas sentimentais; homens que suprem materialmente a família, a própria vítima e os filhos.

Por essas razões, a carga emocional envolvida em episódios desse tipo não pode ser ignorada: há vergonha e/ou culpa pelo fato de ser vítima, esperança na mudança de comportamento do agressor, dependência social, econômica e emocional, baixa autoestima estimulada pelos abusos promovidos no relacionamento, entre outros fatores ignorados por frases sucintas e estigmatizantes comumente reproduzidas, tais quais: “mulher gosta de apanhar” ou “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”.

Deve-se, ainda, atentar para o fato de que o Direito é produto de tais compreensões e, como será demonstrado à frente, as reafirma e fortalece, de modo que não se pode desconsiderar a força que a cultura jurídica exerce nesse processo.

⁵ É certo que toda pessoa é informada por valores morais e comportamentais, os quais este trabalho não desconsidera nem despreza. Contudo, o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal não pode estar submetido a um juízo subjetivo e arbitrário de proteção baseado nessas concepções, que admite que certas mulheres possam ser vítimas de um crime, enquanto outras não.

As normas jurídicas resultam de práticas e discursos encontrados no seio da sociedade, que assumem força política quando os cidadãos escolhem seus representantes. A Constituição Federal e leis infraconstitucionais são criadas e modificadas na medida em que se manifestam movimentos de transformação no corpo social.

Além disso, pode-se afirmar que o arcabouço legislativo – ou jurídico, de modo mais amplo – é produto da atuação política, em grande parte, de homens. Por essa razão, a inclusão do tema da violência contra a mulher em políticas públicas e leis pode estar intimamente relacionada (e até condicionada) à participação feminina nas instâncias decisórias e políticas.

A baixa representatividade feminina no Congresso Nacional foi abordada no estudo “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) em 2018. No âmbito da vida pública e tomada de decisões, a publicação identifica que em dezembro de 2017 as mulheres correspondiam a 16% do Senado Federal, ao passo que, na Câmara Federal, eram 10,5% da composição da Casa.

A publicação faz referência, ainda, à pesquisa promovida e disponibilizada ao IBGE pela organização internacional *Inter-Parliamentary Union*, em que se verificou o percentual de parlamentares mulheres em exercício em câmara baixa ou parlamento unicameral em 190 países. Com base em dados de 2017, o Brasil ocupava a 152ª posição na pesquisa⁶.

1.2 DIREITO E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No início do capítulo defendeu-se que a violência pode ser compreendida como processo, resultante da interação de fatores diversos, de ordens histórica, social, econômica, cultural, religiosa, institucional e familiar. Em seguida, foram expostas algumas abordagens sociológicas sobre o tema, na tentativa de pavimentar o caminho para as reflexões que se passa a fazer, voltadas para o tratamento jurídico das relações domésticas e conjugais, desde a colonização promovida no Brasil pelos portugueses.

⁶ Vale mencionar que o primeiro lugar no *ranking* é ocupado por Ruanda, com a proporção de 61,3% de parlamentares mulheres em exercício em câmara baixa ou parlamento unicameral (IBGE, 2018).

Não se pode ignorar que da mesma forma como as compreensões sociais fundamentam e legitimam o Direito, elas mesmas são reafirmadas e fortalecidas por normas jurídicas, de modo que comportamentos e leis parecem funcionar em uma dinâmica de retroalimentação, cuja força se mantém mesmo quando a norma jurídica deixa de ter validade.

Essa relação simbiótica é bem explicada pelo trecho a seguir

[...] No momento em que se forma um comportamento costumeiro decorrente daquela norma jurídica, ele passa a ter vida independente, de modo que se projeta, por vezes, muito tempo após a revogação da norma e sua substituição por outra. Isso se exemplifica no caso de leis posteriores que modificam institutos ou simples disposições de Direito, mas que não chegam a ter eficácia real, continuando a prevalecer os comportamentos inspirados nas antigas normas legais revogadas, porque tais comportamentos criaram força consuetudinária capaz de se sobrepor às novas determinações da ordem jurídica (ROSA, 2004, p. 57).

Quando consideradas as leis que disciplinaram a sociedade brasileira ao longo dos séculos, verifica-se que a violência contra a mulher era autorizada por várias delas, o que ajuda a compreender a manutenção desse fenômeno e a dificuldade em seu enfrentamento ainda nos dias atuais.

Juízes e demais profissionais atuantes no âmbito jurídico podem ser especialmente afetados nesse ponto, já que o conhecimento jurídico que sedimentaram no curso de sua formação e prática profissional pode fundamentar uma cultura institucional, capaz de reproduzir compreensões estigmatizantes e preconceituosas.

Historicamente, nota-se que os colonizadores portugueses importaram para a colônia aqui instalada a legislação vigente em Portugal, que consistia, inicialmente, nas Ordenações Manuelinas e, posteriormente, nas Ordenações Filipinas, publicadas em 1603 a partir da reestruturação de leis anteriores, por determinação do rei da Espanha, Felipe II, naquele tempo também rei de Portugal (SOUZA; BRITO; BARP, 2009).

O Código Filipino viveu em Portugal até 1867, e no Brasil, até 1916, quando ocorreu a promulgação do Código Civil. Sua relevância não deve ser desconsiderada, pois os pressupostos jurídicos vigentes em Portugal passaram a ter aplicação na colônia, moldando as mentalidades e costumes que se desenvolveram

aqui, o que revela a influência desse arcabouço jurídico sobre a organização social brasileira, conforme o trecho abaixo

As Ordenações Filipinas têm importância significativa para a compreensão da vida social brasileira, em primeiro lugar porque conservaram em seu bojo os aspectos centrais dos códigos anteriores, especialmente os que tratavam da vida privada. Segundo, porque esses mesmos aspectos migraram para os códigos que vigoraram no Brasil posteriormente, ou transformaram-se em conhecimento difuso, reproduzido pela força dos costumes, sedimentando uma influência que se faz presente até os dias hoje (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 66).

O poder disciplinar exercido pelo homem em razão da condição de pai ou marido, a relação de propriedade e total sujeição da mulher e o contorno jurídico das desigualdades presentes nas relações domésticas e conjugais são evidentes, a ponto de estar prevista, na parte criminal do Código, a isenção de pena para aquele que castigasse fisicamente a mulher – o que também se aplicava ao criado, discípulo, filho ou escravo – conforme o Livro V, Título XXXVI (ALMEIDA, 1870); bem como a autorização para aplicação de castigos e até para o assassinato da mulher em casos de adultério.

O Código Criminal de 1830 afastou parte dessas prescrições, mas manteve um tratamento diferenciado para homens e mulheres em certos aspectos, como a criminalização do adultério, conforme se lê nos artigos 250 e 251 da Lei de 16 de dezembro de 1830 (BRASÍLIA, 2017).

As figuras jurídicas dos “crimes de paixão” ou crimes passionais e a “legítima defesa da honra” foram argumentos utilizados, durante a vigência do Código Penal de 1890 (Decreto nº 847) e do Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848), na tentativa de isentar os agentes de homicídios praticados contra suas companheiras (BRASÍLIA, 2017).

A previsão do artigo 27, § 4º do Código Penal de 1890, segundo o qual não se considerava criminoso o agente que se achasse em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime, era usada como tese defensiva para absolvição dos homicidas, tendo como um de seus expoentes o advogado Evaristo de Moraes (BRASÍLIA, 2017, p. 09).

Por outro lado, em 1930, o promotor de justiça Roberto Lyra, com marcante atuação no Tribunal do júri, foi uma das vozes contrárias a essa tese defensiva (BRASÍLIA, 2017).

O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos (LYRA, 2003, p. 97).

A repercussão desses casos, sobretudo a partir de 1910, e da defesa que se fazia do agente, considerado privado de seus sentidos em razão da grave emoção de que, supostamente, era tomado, não era isenta de críticas.

Nesse contexto, o escritor Lima Barreto se destacou como uma das vozes que faziam oposição aos crimes noticiados e à defesa promovida sob o argumento de que se tratavam de crimes passionais (ENGEL, 2017). Exemplo disso é a crônica “Não as matem”, que compõe a obra “Vida Urbana”, coletânea do autor publicada em 1953 (BRASIL DE FATO, 2017, não p.).

Esse rapaz que, em Deodoro, quis matar a ex-noiva e suicidou-se em seguida, é um sintoma da revivescência de um sentimento que parecia ter morrido no coração dos homens: o domínio, *quand mème*⁷, sobre a mulher. O caso não é único. Não há muito tempo, em dias de carnaval, um rapaz atirou sobre a ex-noiva, lá pelas bandas do Estácio, matando-se em seguida. A moça com a bala na espinha, veio morrer, dias após, entre sofrimentos atroz.

Um outro, também, pelo carnaval, ali pelas bandas do ex-futuro Hotel Monumental, que substituiu com montões de pedras o vetusto Convento da Ajuda, alvejou a sua ex-noiva e matou-a.

Todos esses senhores parece que não sabem o que é a vontade dos outros. Eles se julgam com o direito de impor o seu amor ou o seu desejo a quem não os quer. Não sei se se julgam muito diferentes dos ladrões à mão armada; mas o certo é que estes não nos arrebatarem senão o dinheiro, enquanto esses tais noivos assassinos querem tudo que é de mais sagrado em outro ente, de pistola na mão.

O ladrão ainda nos deixa com vida, se lhe passamos o dinheiro; os tais passionais, porém, nem estabelecem a alternativa: a bolsa ou a vida. Eles, não; matam logo.

Nós já tínhamos os maridos que matavam as esposas adúlteras; agora temos os noivos que matam as ex-noivas.

De resto, semelhantes cidadãos são idiotas. É de supor que, quem quer casar, deseje que a sua futura mulher venha para o tálamo⁸ conjugal com a máxima liberdade, com a melhor boa-vontade, sem coação de espécie alguma, com ardor até, com ânsia e grandes desejos; como e então que se castigam as moças que confessam não sentir mais pelos namorados amor ou coisa equivalente?

⁷ Mesmo assim

⁸ Leito nupcial

Todas as considerações que se possam fazer, tendentes a convencer os homens de que eles não têm sobre as mulheres domínio outro que não aquele que venha da afeição, não devem ser desprezadas.

Esse obsoleto domínio à valentona, do homem sobre a mulher, é coisa tão horrorosa, que enche de indignação.

O esquecimento de que elas são, como todos nós, sujeitas, a influências várias que fazem flutuar as suas inclinações, as suas amizades, os seus gostos, os seus amores, é coisa tão estúpida, que, só entre selvagens deve ter existido.

Todos os experimentadores e observadores dos fatos morais têm mostrado a inanidade de generalizar a eternidade do amor.

Pode existir, existe, mas, excepcionalmente; e exigi-la nas leis ou a cano de revólver, é um absurdo tão grande como querer impedir que o sol varie a hora do seu nascimento.

Deixem as mulheres amar à vontade.

Não as matem, pelo amor de Deus!

O Código Penal de 1940, ainda vigente, no artigo 28, inciso I, com a redação dada pela Lei nº 7.209 de 1984, passou a prever que a emoção ou paixão não exclui a imputabilidade penal, compreendida na culpabilidade por força do conceito analítico de crime.

Rogério Greco (2015, p. 454), comentando o dispositivo, assevera que

Com essa redação quis o Código Penal permitir a punição dos chamados crimes passionais, ou seja, aqueles que são motivados por uma intensa paixão ou emoção. Os crimes passionais, como sabemos, são alegados com frequência perante o Tribunal do Júri, cuja composição do Conselho de Sentença é formada, geralmente, por pessoas leigas, que desconhecem as leis penais. Julgam de acordo com o seu sentimento e colocam na urna o voto da sua consciência. Não precisam motivar suas decisões, razão pela qual aceitam as teses, tanto da acusação como da defesa, que mais satisfazem a sua natureza. Com muita frequência, os jurados acolhem o descontrolo emocional do réu e o absolvem do crime por ele cometido. Embora a perturbação mental sofrida pelo réu, advinda da sua emoção ou paixão, não afaste, no juízo singular, a sua imputabilidade, isso não impede que os seus pares o absolvam, após se colocarem no lugar do agente.

A respeito dos crimes em defesa da honra, no acórdão referente ao Recurso Especial nº 1.517, julgado em 11 de março de 1991, o STJ foi preciso ao apontar a inadmissibilidade desse argumento para absolvição dos réus acusados de homicídio, em razão de infidelidade conjugal, conforme a ementa do julgado

RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. DUPLO HOMICIDIO PRATICADO PELO MARIDO QUE SURPREENDE SUA ESPOSA EM FLAGRANTE ADULTERIO. HIPOTESE EM QUE NÃO SE CONFIGURA LEGITIMA DEFESA DA HONRA. DECISÃO QUE SE ANULA POR MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS (ART. 593, PARÁGRAFO 3., DO CPP). NÃO HA OFENSA A HONRA DO MARIDO PELO ADULTERIO DA ESPOSA, DESDE QUE NÃO EXISTE ESSA HONRA CONJUGAL. ELA E PESSOAL, PROPRIA DE CADA UM DOS CONJUGES.

O MARIDO, QUE MATA SUA MULHER PARA CONSERVAR UM FALSO CREDITO, NA VERDADE, AGE EM MOMENTO DE TRANSTORNO MENTAL TRANSITORIO, DE ACORDO COM A LIÇÃO DE HIMENEZ DE ASUA (EL CRIMINALISTA, ED. ZAVALIA, B. AIRES, 1960, T.IV, P.34), DESDE QUE NÃO SE COMPROVE ATO DE DELIBERADA VINGANÇA. O ADULTERIO NÃO COLOCA O MARIDO OFENDIDO EM ESTADO DE LEGITIMA DEFESA, PELA SUA INCOMPATIBILIDADE COM OS REQUISITOS DO ART. 25, DO CÓDIGO PENAL. A PROVA DOS AUTOS CONDUZ A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DUPLO HOMICIDIO (MULHER E AMANTE), NÃO A PRETENDIDA LEGITIMIDADE DA AÇÃO DELITUOSA DO MARIDO. A LEI CIVIL APONTA OS CAMINHOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO. NADA JUSTIFICA MATAR A MULHER QUE, AO ADULTERAR, NÃO PRESERVOU A SUA PROPRIA HONRA. NESTA FASE DO PROCESSO, NÃO SE HA DE FALAR EM OFENSA A SOBERANIA DO JURI, DESDE QUE OS SEUS VEREDICTOS SO SE TORNAM INVIOLAVEIS, QUANDO NÃO HA MAIS POSSIBILIDADE DE APELAÇÃO. NÃO E O CASO DOS AUTOS, SUBMETIDOS, AINDA, A REGRA DO ARTIGO 593, PARÁGRAFO 3., DO CPP. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A DECISÃO DO JURI E O ACORDÃO RECORRIDO, PARA SUJEITAR O REU A NOVO JULGAMENTO.

Na esfera cível, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071) incluiu a mulher casada no rol dos relativamente incapazes, enquanto subsistisse a sociedade conjugal (artigo 6º, inciso II); estabeleceu o domicílio da mulher casada como sendo o do marido (artigo 36, parágrafo único); conferiu ao marido o exercício do pátrio poder, como chefe da família e da sociedade conjugal (artigos 233 e 380), cabendo-lhe a representação legal da família, administração dos bens, fixação de domicílio, autorização para o trabalho da mulher, entre outros.

Não se pode desconsiderar a influência que as normas jurídicas mencionadas exerceram e ainda exercem sobre as formas de administração dos conflitos relacionais, domésticos e conjugais, sobretudo porque tais normas autorizavam comportamentos hoje tidos como abusivos e violentos.

Diariamente são noticiados assassinatos de mulheres motivados pela manifestação por parte delas do desejo de romper o relacionamento ou pela ocorrência de traições, ainda que sem comprovação. O homicídio da companheira parece ser a manifestação mais drástica das ideias de posse, dominação e controle consolidadas nas relações de muitos casais.

Contudo, deve-se reconhecer o esforço promovido por décadas, através da atuação de movimentos de mulheres e feministas, com a finalidade de responder a esses fatos e de construir uma nova percepção social da violência contra a mulher, o que se tem feito, de forma bastante evidente, pela via jurídica, reforçando o papel do

Direito, sobretudo da atividade legiferante, de moldar o comportamento social pela coercitividade das normas implementadas.

Nesse sentido, em 1962 foi promulgada a Lei nº 4.121, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada. O diploma legal revogou a previsão do Código Civil de 1916 referente à incapacidade relativa da mulher casada; passou a prever a colaboração da mulher ao marido na função de chefe da sociedade conjugal, e a consideração do interesse comum do casal e dos filhos; determinou a possibilidade de a mulher recorrer ao Juiz caso a fixação do domicílio da família, pelo marido, a prejudicasse; designou o exercício do pátrio poder aos pais, e não mais ao marido; determinou a manutenção, por parte da mãe, do exercício do pátrio poder sobre os filhos concebidos no relacionamento anterior, mesmo que contraísse novas núpcias, entre outras alterações.

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, as mulheres que à época compunham o Congresso Nacional, apesar de formarem um grupo heterogêneo quanto à representação partidária, reuniram forças e formaram o “*Lobby do Batom*”, grupo que projetava demandas referentes à licença-maternidade, igualdade de direitos e de salários e mecanismos de coibição da violência (AGÊNCIA SENADO, 2018).

Como resultado desses esforços, parte considerável das reivindicações foi aprovada

As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da reprodução (AGÊNCIA SENADO, 2018, não p.).

As reformas legais e a criação de instrumentos jurídicos aptos a combater as violações aos direitos das mulheres, no plano interno, foram também consequências dos avanços internacionais no sistema de proteção de direitos humanos.

Isso porque, gradativamente, a inclusão de pautas voltadas para a defesa das mulheres em documentos e compromissos internacionais passou a vincular internamente os países signatários.

Nesse sentido merecem destaque a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela ONU em

1979⁹, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela OEA em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995¹⁰ (BRASÍLIA, 2017).

Evidentemente, os documentos citados não esgotam os compromissos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos das mulheres, mas destacam-se como propulsores dos avanços políticos e legislativos internos, sobretudo a Convenção de Belém do Pará, determinante no famoso caso de Maria da Penha.

Nesse sentido

A adesão ao sistema internacional e regional de direitos humanos é voluntária, mas uma vez ratificada a Convenção ou outro ato internacional, o país se vincula à comunidade internacional, gerando a obrigação de cumprimento das normas acordadas. Cada ato internacional de direitos humanos vincula-se a um Comitê de monitoramento e fiscalização que trabalha a partir de solicitação de Informes aos Estados acerca da situação de direitos humanos no País. Buscam informações junto às Organizações Não Governamentais ou outras entidades da sociedade civil, realizam visitas, recebem denúncias, entre outras ações, para, ao final, avaliarem se as normativas de direitos humanos estão, realmente, sendo cumpridas. (BRASÍLIA, 2017, p. 19)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada, em 1959, como um órgão principal e autônomo da OEA. A partir de 1965, a CIDH foi autorizada a receber e processar denúncias referentes a casos individuais com alegações de violação de direitos humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Através desse mecanismo, o caso emblemático de Maria da Penha Maia Fernandes tornou-se um litígio internacional. Isso porque a mulher cearense foi vítima, em 23 de maio de 1983, de tentativa de homicídio pelo marido, Marco

⁹ A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher passou a ter vigência a partir de 1981, quando alcançou o número mínimo de 20 ratificações. Quanto ao Brasil, foi ratificada em 1984, com ressalvas relativas às disposições que conflitavam com normas internas, cujo conteúdo previa discriminações à mulher, sobretudo aquelas inscritas no Código Civil de 1916. Após a aprovação integral da Convenção pelo Congresso Nacional em 1994, o Decreto presidencial nº 4.377/02 promulgou a Convenção internamente. Atualmente, mais de 200 países ratificaram a CEDAW. (BRASÍLIA, 2017)

¹⁰ O Decreto presidencial nº 1.973/96 promulgou a Convenção de Belém do Pará após sua aprovação pelo Congresso Nacional em 1995.

Antônio Heredia Viveiros, e mesmo após mais de uma década do fato, o agressor ainda estava em liberdade sem que o processo criminal tivesse conclusão¹¹.

A percepção de que o caso se tratava de uma violação de direitos humanos, à luz da Convenção de Belém do Pará, em razão da inércia do Estado brasileiro em reprimi-lo¹², bem como em prevenir outros semelhantes, fez com que Maria da Penha, acompanhada por duas organizações não governamentais, o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), apresentasse uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (BRASÍLIA, 2017).

A denúncia recebida em 20 de agosto de 1998 culminou no Relatório nº 54/01 da CIDH, reconhecendo a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial da petionária e a existência de um padrão discriminatório, manifesto na tolerância à violência doméstica contra mulheres no Brasil, por ineficácia da ação judicial (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

O Brasil não apresentou à CIDH resposta alguma sobre a petição de Maria da Penha e, após analisados os documentos por ela apresentados, confirmou-se o descumprimento pelo Estado dos compromissos internacionais assumidos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

O relatório reitera que, apesar do ato em si não ter sido praticado por agentes estatais, a responsabilidade do Estado brasileiro decorria da falta de diligência na conclusão do caso e na prevenção de outros, já que situações de violência doméstica contra mulheres, quando efetivamente transformadas em processos criminais, poucas vezes culminavam em condenações.

56. Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e

¹¹ Antes e mesmo depois da paraplegia irreversível provocada pelo episódio mencionado, Maria da Penha foi vítima de outras agressões perpetradas pelo então marido. Duas semanas após o regresso dela para casa, Antônio tentou eletrocutá-la enquanto se banhava. Após esse fato, ela decidiu definitivamente separar-se dele (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

¹² Antônio Heredia foi denunciado pelo Ministério Público em 28 de setembro de 1984 e somente recebeu uma sentença condenatória pelo Tribunal do Júri em 04 de maio de 1991, submetendo-o a pena de dez anos de prisão. Contudo, em 04 de maio de 1995, o Tribunal de Alçada anulou a decisão proferida fazendo com que, em 15 de março de 1996 fosse realizado novo julgamento perante o Júri, resultante em nova condenação a dez anos e seis meses de prisão. Com a interposição de nova apelação, até o oferecimento da denúncia à CIDH (1998) o caso permanecia sem conclusão pelo TJCE e o acusado, em liberdade; além disso, em 2002 a pretensão punitiva estatal estaria prescrita (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, não p.).

Em conclusão, foi recomendado ao Estado que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva com o fim de responsabilizar penalmente o agressor de Maria da Penha e identificar outros fatos ou ações de agentes estatais responsáveis pelo processamento lento e inefetivo daquele caso. Recomendou-se, ainda, a reparação efetiva da vítima e a adoção de medidas para eliminação da tolerância estatal ante os casos de violência doméstica contra mulheres (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

Tais medidas incluíam a capacitação e sensibilização de funcionários policiais e judiciais sobre o tema, simplificação de procedimentos judiciais penais, implementação de formas alternativas de solução dos conflitos intrafamiliares, multiplicação do número de delegacias de atendimento à mulher e reforço dos seus recursos e inclusão do tema do respeito à mulher nos planos pedagógicos escolares (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

Após uma intensa mobilização de organizações e movimentos, em 03 de dezembro de 2004, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4559/2004, que culminou na promulgação da Lei nº 11.340 de 2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, com a seguinte ementa

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Vale ressaltar que a lei, valendo-se do arcabouço teórico e jurídico, nacional e internacional sobre o tema, desempenhou um importante papel no sentido de visibilizar e incorporar formas de violência existentes, isto é, a lei reconhece certos comportamentos como expressões de violência e busca fornecer mecanismos para combatê-los, evidenciando que se tratam de violações de direitos humanos.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Observe-se que são explicitados os conceitos de violência doméstica e familiar como expressões da violência baseada no gênero, e evidenciadas formas de violência que não se restringem à agressão física, o que é relevante, conforme observado por Saffioti (1999, p. 84)

As violências física, sexual, emocional e moral não ocorrem isoladamente. Qualquer que seja a forma assumida pela agressão, a violência emocional está sempre presente. Certamente, pode-se afirmar o mesmo para a moral. O que se mostra de difícil utilização é o conceito de violência como ruptura

de diferentes tipos de integridade: física, sexual, emocional, moral. Sobretudo em se tratando de violência de gênero, e mais especificamente intrafamiliar e doméstica, são muito tênues os limites entre quebra de integridade e obrigação de suportar o destino de gênero traçado para as mulheres: sujeição aos homens, sejam pais ou maridos. Desta maneira, cada mulher colocará o limite em um ponto distinto do *continuum* entre agressão e direito dos homens sobre as mulheres. Mais do que isto, a mera existência desta tenuidade representa violência.

Entre as relevantes disposições da Lei Maria da Penha merece destaque a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (artigo 14); a vedação à aplicação de penas de cesta básica, de prestação pecuniária e à substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (artigo 17); a previsão de medidas protetivas (Capítulo II da Lei); e a não-aplicação da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41)¹³¹⁴.

Em abril de 2018, por força da Lei nº 13.641, foi acrescentado o único tipo penal da Lei Maria da Penha, com a finalidade de dar-lhe mais efetividade, o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (artigo 24-A).

Merece destaque, ainda, como mecanismo penal de combate à violência contra a mulher, a Lei nº 13.104 de 2015, que alterou o Código Penal, com a inserção de mais uma qualificadora no crime de homicídio (artigo 121, §2º, inciso VI). Por essa razão, os parâmetros de pena mínima e máxima são aumentados quando o delito é cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, caracterizando o feminicídio.

A origem e significação dos termos feminicídio ou femicídio podem ser compreendidas da seguinte maneira

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual

¹³ A constitucionalidade do artigo foi confirmada pelo STF, por unanimidade, em 24 de março de 2011. Ao denegar o Habeas Corpus nº 106212, a Corte considerou que o dispositivo dá concretude à previsão constitucional do art. 226, § 8º, busca corrigir a desigualdade histórica percebida entre homens e mulheres e observa a gravidade e ofensividade da violência contra a mulher, o que impede a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 2011).

¹⁴ Considerando a gravidade dos crimes e contravenções penais cometidos com violência ou grave ameaça contra a mulher, no ambiente doméstico, em 13/09/2017 foi aprovado pela Terceira Seção do STJ o enunciado da Súmula nº 588, prevendo para esses casos a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal. No mesmo sentido, a Súmula nº 589 do STJ inadmite a aplicação do princípio da insignificância aos crimes e contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade. Russel ancora-se na perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que confere aos primeiros o senso de *entitlement* – a crença de que lhes é assegurado o direito de dominação nas relações com as mulheres tanto no âmbito da intimidade quanto na vida pública social – que, por sua vez, autoriza o uso da violência, inclusive a letal, para fazer valer sua vontade sobre elas. O femicídio, assim, é parte dos mecanismos de perpetuação da dominação masculina, estando profundamente enraizado na sociedade e na cultura (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p. 3079).

A incorporação dessa modalidade de homicídio nas legislações penais tem ocorrido com a utilização do termo “femicídio”, em alguns países, e “feminicídio”, em outros, e as discussões acerca da diferenciação dos nomes ainda é recente (MENEGHEL; PORTELLA, 2017). No Brasil, adotou-se o termo “feminicídio”.

2 DA TUTELA DOS COSTUMES À TUTELA DA DIGNIDADE

Uma breve observação do Título VI da Parte Especial do Código Penal, intitulado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, evidencia as sucessivas alterações legislativas promovidas nos últimos anos. Tendo em vista que o Código vigente foi instituído por um Decreto-Lei de 1940, tal constatação não surpreende.

Evidentemente, as modificações promovidas decorreram da necessidade de adequação das disposições legais às mudanças notáveis no seio da sociedade. É certo que as décadas de vigência do Código foram marcadas por inúmeras transformações sociais, culturais, políticas e jurídicas, entre as quais se destaca a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o que, por si só, já afeta a percepção e aplicação de todo o Direito.

Do modo como se encontra organizado hoje, o Título VI divide-se em sete capítulos, contudo dois deles são destinados a disposições gerais e um foi integralmente revogado em 2005. No total, são previstas dezesseis figuras delitivas.

O presente trabalho não pretende esgotar a análise do título por meio de um estudo minucioso dos tipos penais, mas tecer considerações amplas sobre as principais alterações legislativas, que significaram uma mudança na percepção dos crimes, sobretudo quanto ao bem jurídico tutelado. Especial atenção é conferida ao tipo do estupro, a fim de responder o questionamento sobre a existência de um vácuo legislativo quanto à tipificação de condutas intermediárias.

Essa análise seria mais rica e completa se considerados detalhadamente os Códigos penais anteriores ao vigente, o que permitiria uma visão ampla do tratamento jurídico-penal dos crimes sexuais ao longo da história no Brasil. Entretanto, as dificuldades próprias desse tipo de pesquisa e a extensão que essa análise ganharia exigiram uma delimitação, de modo que serão considerados o Código Penal de 1940 e as leis posteriores, fazendo-se apenas um breve apontamento sobre os Códigos anteriores.

Pode-se dizer que a organização e o conteúdo do Título VI do CP, como se vê atualmente, são resultados da edição de sete leis, na seguinte ordem cronológica: Lei nº 10.224 de 2001, Lei nº 11.106 de 2005, Lei nº 12.015 de 2009, Lei nº 12.978 de 2014, Lei nº 13.444 de 2016, Lei nº 13.445 de 2017 e, a mais recente, Lei nº 13.718 de 2018.

Nesse capítulo será conferida especial atenção à Lei nº 12.015 de 2009, por ter sido ela responsável pela mais profunda modificação no título, fazendo-se menções pontuais às demais. No capítulo seguinte será abordada a Lei nº 13.718, de 2018, igualmente importante para as considerações desse trabalho.

2.1 RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO

A Lei nº 12.015, sancionada em 07 de agosto de 2009, e publicada no Diário Oficial de 10 de agosto daquele ano, data em que passou a ter vigência, é essencial para que se compreenda a mudança ocorrida no Código Penal quanto ao tratamento dos crimes sexuais.

Essa mudança não se fez somente pela alteração pontual de crimes já previstos ou pela criação de novos tipos penais. À primeira vista, verifica-se que por meio dela o legislador alterou o nome do Título VI, “Dos crimes contra os costumes”, que passou a chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A relevância da mudança está no bem objeto da proteção jurídico-penal. Isso porque o legislador penal brasileiro, semelhantemente ao de outros países, dispôs os tipos penais de acordo com os bens jurídicos tutelados. Desse modo, a mudança do título implicou no reconhecimento de uma mudança do objeto da tutela penal.

Os professores João Paulo Martinelli e Leonardo de Bem, na obra *Lições Fundamentais de Direito Penal* (2017), esclarecem que é possível identificar duas funções primordiais do bem jurídico: uma dogmática e outra político-criminal.

De acordo com a primeira, o bem jurídico é fundamental na interpretação da norma penal, para a compreensão do que se quer proteger e do modo como o faz. A função político-criminal, por sua vez, traduz-se em uma limitação do poder estatal de definição das condutas incriminadas. Um desdobramento dessa função é impedir a proteção de sentimentos ou valores éticos e morais.

Em decorrência disso, as sanções do direito penal seriam limitadas aos comportamentos prejudiciais e, por outro lado, o surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados permitiria a ampliação da tutela penal. Os autores informam que os valores tutelados são próprios do meio social e da cultura, e devem estar inseridos no sistema jurídico-constitucional.

Nessa linha, os autores propõem que o processo de criminalização de condutas seja orientado pelos direitos fundamentais reconhecidos na própria Constituição e defendem que a proteção penal independa de concepções morais, exigindo-se do comportamento criminoso uma lesividade real ou potencial.

A abordagem de Martinelli e Bem é relevante para que se compreenda a mudança de paradigma do tratamento jurídico-penal dos crimes sexuais representada pela lei em questão. Sob o título anterior, a tutela penal estava atrelada a um padrão de comportamento vinculado à ética sexual.

As disposições legais eram criticadas pelo moralismo de que estavam impregnadas e a imposição legal de um comportamento relativo à atividade sexual (ESTEFAM, 2018), sobretudo das mulheres, notável pela ênfase conferida a certos aspectos como a virgindade¹⁵ ou a expressão “mulher honesta”, adotada em alguns tipos penais.

Estefam (2018) destaca a necessidade que se percebia de alteração do Título, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Dessa forma, exigia-se uma releitura das disposições penais, com a tutela da dignidade sexual como elemento da dignidade humana.

Soma-se a isso a previsão constitucional do princípio da isonomia – igualdade de todos perante a lei – inscrito no *caput* do artigo 5º, que inadmite distinções de qualquer natureza. Nesse sentido, o inciso I estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, nos termos da Constituição.

Demandava-se, portanto, uma mudança de enfoque para a sexualidade exercida com coerção ou exploração, já que problemáticas graves, como a questão da violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, não eram adequadamente percebidas e combatidas pelo Estado, em razão da fragilidade da legislação vigente.

Toda a exegese que se possa extrair no âmbito do Título VI há de ser permeada pela ideia de que a atividade sexual privada, levada a efeito perante adultos, em seu âmbito individual e mediante consenso validamente obtido, ficará ao largo da incriminação (ESTEFAM, 2018, p. irreg.).

¹⁵ Exemplo disso era o crime de sedução, inscrito no artigo 217, como a prática de seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança. O delito foi revogado em 2005, por força da Lei nº 11.106.

A readequação da legislação, nesse aspecto, não ocorreu somente no Brasil, verificando-se mudanças nas leis penais ocorridas também no Chile (1999 e 2004), Espanha (1995 e 1999) e em Portugal (1995 e 2007) (ESTEFAM, 2018)¹⁶.

2.2 HISTÓRICO E ANÁLISE PONTUAL DA LEI Nº 12.015 DE 2009

O histórico da lei revela que seu projeto foi resultado dos trabalhos realizados entre 2003 e 2004 pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI da Exploração sexual, do Congresso Nacional, instaurada por força do requerimento nº 02 de 2003, formulado pela deputada federal Maria do Rosário, relatora da comissão, e pelas senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessaenko (NACIONAL, 2004).

O objetivo da comissão era investigar as situações de violência e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, os processos de organização das redes criminosas de exploração e mobilizar a sociedade e governos, em todas as esferas, para a construção de redes de proteção.

Para a concretização de seu fim, a comissão, composta por doze deputados e doze senadores, bem como por seus respectivos suplentes, realizou reuniões deliberativas e administrativas, viagens, diligências e audiências públicas, oitivas de representantes da sociedade civil, de órgãos públicos e de pessoas envolvidas, na qualidade de acusados ou vítimas (NACIONAL, 2004).

O trabalho resultou em um longo relatório final, apresentado em julho de 2004, que no Capítulo V, denominado “Análise legislativa”, avaliou as disposições legais voltadas para o tema (NACIONAL, 2004). O documento destaca que algumas das situações de violência investigadas pela comissão sequer eram contempladas pela legislação vigente, resultando em impunidade dos agentes.

Essa constatação revela a precisão do seguinte apontamento

Sobre a legislação penal reinante pairam concepções características da época do exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente para a repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos

¹⁶ Tais países foram citados apenas a título de exemplo, já que as distinções notáveis, em muitos sentidos, entre eles e o Brasil não podem ser desconsideradas.

grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes. Nesse caso, ocorre descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (NACIONAL, 2004, p. 285)

A fim de sanar a insuficiência da legislação vigente, ante seu anacronismo, foi criado em consórcio com a CPMI um Grupo de Estudos de Análise Legislativa, que produziu o anteprojeto da lei proposto pela comissão¹⁷.

Quanto à denominação do Título VI do CP, foi sugerida a seguinte alteração

A primeira alteração proposta é sobre a nomenclatura do capítulo do Código Penal em tela que, de modo significativo, intitula-se DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES. Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delimitam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, construção legislativa deve começar por alterar o foco da proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal como DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E O DESENVOLVIMENTO SEXUAL. (NACIONAL, 2004, p. 286)

Foi proposta a reformulação do crime de estupro em dois aspectos fundamentais: os verbos nucleares do tipo e o sujeito passivo. Desse modo, o delito passaria a reunir a conjunção carnal, compreendida como o ato sexual vaginal, e outros atos libidinosos, até então inseridos no artigo 214, chamado “Atentado violento ao pudor”.

Ademais, a menção à “mulher” como sujeito passivo seria substituída por “alguém”, admitindo o enquadramento típico não apenas quando mulheres fossem vítimas. Seriam previstas, ainda, formas qualificadas do crime.

Com a edição da Lei nº 12.015, o primeiro capítulo do Título VI foi denominado “Dos crimes contra a liberdade sexual”. “A base da proteção penal do Capítulo I é a autodeterminação sexual das pessoas” (ESTEFAM, 2018, p. irreg.).

Assim, os crimes previstos têm como cerne a questão do consentimento do sujeito passivo, sob dois aspectos: o dissenso para a prática sexual e o

¹⁷ Em reforço ao que se tem defendido nesse capítulo, acerca da profunda modificação dos crimes sexuais promovida pela Lei nº 12.015, entendeu-se adequado fazer breves apontamentos sobre algumas das alterações propostas no bojo do relatório, que contribuíram para a redação final da lei que viria a ser aprovada.

consentimento viciado. No primeiro caso, a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso ocorre em razão da violência ou grave ameaça exercida pelo autor (estupro); no segundo, ocorre através de fraude ou outro meio que impediu ou dificultou sua livre manifestação de vontade (violação sexual mediante fraude, artigo 215, conhecido como “estelionato sexual”).

Em seguida, o relatório abordou as relações sexuais com pessoas tidas como vulneráveis, destinando-lhes um capítulo próprio no anteprojeto. A proposta foi de substituição do antigo regime de presunção de violência (artigo 224 revogado) por uma objetividade fática, considerados três aspectos relativos à vítima: a idade (pessoas menores de quatorze anos), condições como enfermidade ou deficiência mental, que implicassem em ausência de discernimento para a prática do ato sexual, e outra circunstância não especificada, capaz de impedir o oferecimento de resistência (NACIONAL, 2004).

O relatório ressalta que, em se tratando de crianças e adolescentes de até quatorze anos, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual, sob pena de exacerbar sua vulnerabilidade, negando-se seus direitos fundamentais.

No âmbito jurídico, essa compreensão é alvo de críticas por alguns, mas foi incluída na Lei nº 12.015 e, atualmente, encontra reforço no enunciado da Súmula nº 593 do STJ:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Em razão das investigações promovidas pela Comissão, especial atenção foi conferida à prostituição e outras formas de exploração sexual de crianças e adolescentes. Por conseguinte, foi proposta a criação do artigo 218-B, destinado à punição dos agentes que submetem, induzem ou atraem menores de dezoito anos, e vulneráveis (pessoas enfermas ou com deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática do ato), e ainda, que facilitam, impedem ou dificultam o abandono da prostituição.

É relevante que o parágrafo segundo do artigo mencionado criou formas equiparadas do delito, incriminando a prática sexual com maiores de quatorze e

menores de dezoito anos, em situação de exploração sexual. Assim, a prática sexual, ainda que não configure estupro de vulnerável ou estupro, é criminosa quando praticada por clientes da prostituição ou exploração sexual infantil¹⁸.

Quanto aos aspectos processuais dos crimes sexuais, a proposta de alteração legislativa, posteriormente promovida pela Lei nº 12.015, transformou a titularidade da ação penal, antes privada (crimes processados mediante queixa), em pública, diferenciando casos de ação condicionada e incondicionada à representação, como se lê no seguinte trecho

No Capítulo IV, que trata das “Disposições Gerais”, somente pequenas alterações foram feitas, buscando atualização na redação e maior explicitação quanto ao alcance pretendido, à exceção do art. 225, que trata da ação penal, agora prevista como pública em qualquer circunstância. Trata-se de reivindicação de todos que enfrentam a problemática. Sem dúvida, a eficácia na proteção da liberdade sexual da pessoa e, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente são questões de interesse público, de ordem pública, não podendo em hipótese alguma ser dependente de ação penal privada e passível das correlatas possibilidades de renúncia e de perdão do ofendido ou ofendida ou ainda de quem tem qualidade para representá-los. Na prática, as qualidades da ação penal privada, no caso de violação de criança ou adolescente, têm contribuído para resguardar cumplicidades, intimidar e, assim, consagrar impunidade (NACIONAL, 2004, p. 291).

Outra proposta de modificação relevante, afinada com a tutela da dignidade sexual, era a revogação das causas extintivas da punibilidade previstas nos incisos VII e VIII do artigo 107 do CP. Os dispositivos admitiam que o autor de crimes sexuais deixasse de ser processado ou punido criminalmente caso se casasse com a vítima, ou, ainda, se terceiro o fizesse.

A revogação foi efetivamente promovida pela Lei nº 11.106 de 2005, mas o relatório destaca a inadmissibilidade da extinção da punibilidade pela acomodação social promovida pelo casamento. Um dos casos investigados na CPMI envolvia o prefeito de uma cidade do Estado de Goiás, cujas vítimas de estupro e atentado violento ao pudor teriam recebido dinheiro em troca de casamentos, o que garantiria a impunidade do agente (NACIONAL, 2004, p. 151).

O último capítulo do relatório aborda o papel da cultura e da mídia na construção da violência sexual, incluindo a atuação do Poder Judiciário na

¹⁸ A Lei nº 12.978 de 2014 alterou o nome jurídico do crime previsto no artigo 218-B, fazendo constar “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável”. Além disso, incluiu a conduta no rol de crimes hediondos, da Lei nº 8.072/90 (artigo 1º, VIII).

construção da cultura jurídica. As investigações promovidas e a análise de casos concretos revelaram um padrão de atuação um tanto quanto conivente dos órgãos responsáveis pela investigação e repressão da violência sexual contra crianças e adolescentes.

A análise de sentenças e acórdãos evidenciou um desvio de atenção dos fatos e provas objetivamente apurados para os papéis sociais dos envolvidos, de modo que algumas decisões minimizavam ou desconsideravam a violência e exploração sofridas pelas vítimas (NACIONAL, 2004).

Em março de 2005, teve início na Câmara dos Deputados a tramitação do Projeto de lei nº 4850, apresentado pela CPMI da exploração sexual. Finalmente, em 07 de agosto de 2009 a lei foi sancionada e promulgada, alterando o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) e a Lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072 de 1990).

2.3 ASPECTOS RELEVANTES DO CRIME DE ESTUPRO

Certamente, entre os crimes atualmente inscritos no Título VI do Código Penal, o estupro (artigo 213) é o mais amplamente conhecido pela população em geral, ainda que o conteúdo do tipo e suas elementares sejam alvo de certa confusão. Contudo, esse desconhecimento técnico parece natural a qualquer ciência, entre aqueles que não são profissionais da área.

O vocábulo estupro tem como origem o termo latino *estuprum*, cujo significado é desonra, vergonha (ESTEFAM, 2018). O nome é dotado de uma forte carga simbólica, em razão da brutalidade da violência consubstanciada no ato. Constitui-se em uma violação de direitos humanos com impactos físicos – lesões corporais, a possibilidade de transmissão de doenças, de ocorrência de gravidez e até de morte – psíquicos e sociais.

Por essas razões, atinge bens jurídicos diversos, como a dignidade e a liberdade sexual, aspectos que passaram a ter ênfase na tutela penal após a edição da Lei nº 12.015, mas também a integridade física e psíquica, a honra, a saúde individual e, nos casos mais graves, a própria vida da vítima (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

O horror coletivo que estupros podem causar faz do crime, lamentavelmente, um instrumento de intimidação de grupos inseridos em contextos de guerra. Praticados nesse contexto, os estupros se apresentam claramente como um mecanismo de poder e dominação.

Nesse ano, o Prêmio Nobel da Paz foi concedido a duas personalidades atuantes no enfrentamento da violência sexual como arma de guerra, Nadia Murad, jovem ativista iraquiana que foi mantida, em 2014, como escrava sexual por militantes do Estado Islâmico, e Denis Mukwege, médico congolês responsável por milhares de atendimentos a mulheres vítimas de violência na República Democrática do Congo.

Em entrevista ao *site* de notícias *BBC News* (2018a), Denis Mukwege narrou como, a partir de 1999, começou a receber para atendimento médico mulheres violentadas sexualmente e torturadas por combatentes que haviam invadido suas aldeias. Algumas delas, segundo relatado, tinham abrasivos químicos derramados em suas genitálias, resultando em queimaduras.

Em certos casos, os estupros eram realizados contra várias mulheres simultaneamente e diante da comunidade, de modo que todos eram forçados a assistir a violência, provocando a fuga em massa da aldeia e o abandono dos pertences e recursos.

O histórico do crime na legislação pátria, apresentado por Estefam (2018), é relevante para a compreensão do tema. No Código Filipino, já mencionado nesse trabalho, era apenado com o casamento. Se isso não fosse possível, devia-se pagar uma quantia para formação do dote, e se o agente não tivesse recursos para tanto, sofria com a pena de degredo¹⁹, em alguns casos cumulada com açoites.

O Código Criminal do Império (1830) cuidou do estupro no Capítulo II do Título II, referente aos crimes contra a “segurança da honra”. O art. 222 encontrava-se assim redigido: “Ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta – penas: de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta – penas: de prisão por um mês a dois anos”. As relações sexuais voluntárias entre homem e mulher somente eram lícitas se esta houvesse completado 17 anos; antes

¹⁹ “A palavra degredo, enquanto termo diferenciado na legislação, não tem um correspondente específico em outras línguas. No contexto do império colonial português, o termo foi utilizado para designar um tipo bastante específico de expulsão penal. Para além da esfera jurídica, durante esse período, a palavra serviu também para se referir aos locais onde o se cumpria a sentença. Na perspectiva do sistema punitivo português, degredar na maioria das vezes significou a expulsão do criminoso do local onde o crime fora cometido e seu envio para outro local, que poderia ou não fazer parte do território metropolitano” (TOMA, 2006, p. 438).

disso, a conjunção carnal sem violência com tais pessoas configurava delito (arts. 219 e 224).

O Código Penal de 1890 previu a figura em estudo no Título VIII (Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo I (Da violência carnal). De acordo com o art. 268, “estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, era fato grave, apenado com prisão celular de um a seis anos; se a ofendida fosse prostituta, a pena privativa de liberdade variava de seis meses a dois anos. O art. 269 esclarecia: “Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força física como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hipnotismo, o clorofórmio, o éter, e em geral os anestésicos e narcóticos”.

O legislador penal da Primeira República foi duramente criticado por empregar o termo “abusar” na definição legal do crime. Alguns autores, em face disso, sustentaram que a noção jurídica do estupro passara a contemplar não apenas a cópula natural forçada, mas também o coito anal e a felação obtidos contra a vontade da ofendida.

O Código Penal de 1940 tratou da matéria em seu Título VI, sob a rubrica “Dos crimes contra os costumes” (ESTEFAM, 2018, p. irreg.).

Do modo como se encontra atualmente previsto, o artigo 213 do CP possui a seguinte redação

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)

O verbo nuclear do tipo é “constranger”, trazendo em si, implicitamente, a noção do dissenso da vítima, conforme mencionado anteriormente. A conduta do agente se dirige a forçar a vítima a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso.

A ausência de consentimento, para que se caracterize o crime, deve ser vencida pelo uso da violência ou grave ameaça direcionada à própria vítima ou a terceiro. Violência consiste no uso de força física e grave ameaça, na promessa de provocação de mal grave e sério (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 760).

Nesse ponto, a resistência do sujeito passivo é notável nas considerações acerca do tema. Nelson Hungria, em comentário de 1947 ao Código Penal, menciona ser objeto de dúvida a possibilidade de uma mulher, adulta e normal, ser fisicamente coagida por apenas um homem à prática sexual, ante a existência do argumento de que alguns movimentos da bacia seriam capazes de impedir o ato.

Os manuais penais atuais costumam indicar a necessidade de que a resistência seja séria e inequívoca. Rogério Sanches afirma que a força física empregada deve ser “suficientemente capaz de impedir a mulher de reagir” (CUNHA, 2017a, p. 484) e que a grave ameaça se dá quando são esgotadas as alternativas da vítima, restando-lhe somente ceder ao ato. “É imprescindível para a configuração do crime a resistência séria, efetiva e sincera da vítima (a simples relutância não basta).” (CUNHA, 2017a, p. 484).

Souza e Japiassú (2018) fazem a ressalva de que para caracterizar a inequívoca resistência não se exige “ato de heroísmo” da vítima, resistindo ao máximo à agressão sexual perpetrada. Para os autores, basta “a constatação fática da ausência de seu consento” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 761).

Os autores mencionam que nos casos em que o sujeito passivo, percebendo a ineficácia de sua resistência, permanece inerte, sem relutar, não se pode reconhecer consentimento, mantendo-se a ocorrência de estupro (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Estefam (2018), no mesmo sentido, entende como suficiente qualquer modo por meio do qual a vítima manifeste seu dissenso sério e inequívoco com a prática do ato, prescindindo de resistência violenta por parte do sujeito passivo.

Esses apontamentos são relevantes, sobretudo diante de casos como o ocorrido na Espanha, em julho de 2016. Durante a Festa de São Firmino, realizada por alguns dias em Pamplona, capital de Navarra, uma jovem de dezoito anos, que se encontrava alcoolizada, foi levada ao saguão de um edifício e violentada por cinco homens. Conforme noticiado pelo *site* BBC News (2018b), a vítima foi despida e penetrada por via oral, anal e vaginal. A ação foi filmada e o celular da jovem foi roubado.

O caso, reconhecido como *La Manada* e cercado de polêmicas²⁰, foi julgado em abril desse ano, provocando intensos protestos na Espanha pelo inconformismo da população com o enquadramento típico da conduta pela qual os réus foram condenados. Por uma peculiaridade da legislação penal espanhola, diferencia-se agressão sexual (artigos 178 a 179 do Código Penal espanhol) de abuso sexual

²⁰ Uma delas foi a contratação, pela defesa, de detetives particulares que seguiram a vítima após o ocorrido e elaboraram um relatório sobre sua vida e atividades na internet, na tentativa de desconstruir a alegação de que o crime provocou-lhe danos morais (BBC NEWS, 2018b).

(artigos 181 e 182), sendo que o primeiro exige a ocorrência de violência ou intimidação (semelhantemente ao estupro do CP brasileiro).

Conforme noticiado (BBC NEWS, 2018b), na sentença, os magistrados contrariaram a tese defensiva e reconheceram que a vítima não consentiu com a prática sexual, mas alegaram não ter havido violência ou intimidação, enquadrando a conduta como abuso sexual²¹. A notícia narra que a vítima adotou uma postura passiva e neutra durante a ocorrência do crime, fazendo o que lhe era determinado e mantendo-se de olhos fechados a maior parte do tempo (BBC NEWS, 2018b).

O que se verifica é que a legislação espanhola possui tipos penais diferenciados a partir do modo de atuação do agente, o que não ocorria no Brasil, valendo o questionamento sobre o tratamento penal que caso semelhante receberia se julgado segundo a legislação brasileira.

Guardadas as devidas proporções entre os fatos e respeitadas as peculiaridades de cada legislação, o caso já mencionado na introdução, ocorrido no interior de um ônibus municipal na Avenida Paulista, em maio de 2017, quando um homem ejaculou no ombro de uma mulher, também não foi considerado estupro justamente pelo reconhecimento de que inexistiu violência ou grave ameaça.

De fato, a descrição típica do estupro associou o constrangimento e a ausência de consentimento para a prática sexual a um modo específico de atuação do agente, consistente na ação violenta ou ameaçadora, e não ao estado de perplexidade da vítima.

Ao que parece, a ideia comum que se tem do crime é a apropriação agressiva do corpo da vítima, que reage violentamente em razão da ojeriza provocada pelo contato indesejado.

Contudo, há situações que não se enquadram exatamente nessa narrativa e acabam por gerar maiores controvérsias e até a recusa no enquadramento do crime. São casos em que a conjunção carnal ou o ato libidinoso não é consentido e a vítima foi constrangida, mas não houve agressão física na tentativa de subjugá-la (entenda-se agressão além da conjunção carnal ou ato libidinoso).

Se acrescentados outros fatores como o número de agentes, o estado do sujeito passivo no momento do crime (embriagado, *v. g.*) ou a desproporcionalidade

²¹ Adotou-se uma postura cuidadosa na consideração do caso, tendo em vista que informações obtidas a partir de *sites* de notícias podem não estar corretas do ponto de vista técnico, pela imprecisão do uso de termos jurídicos, por exemplo.

de força e porte físico entre autor e vítima, a violência ínsita ao ato e o constrangimento da vítima parecem mais evidentes, apesar da não ocorrência de agressões físicas.

Outro aspecto que merece destaque é o momento em que o consentimento para a prática sexual é manifestado. Em muitos casos de acusação de estupro são valorados o comportamento prévio do autor e da vítima e a existência de algum relacionamento ou interação íntima entre eles.

Isso porque o ato sexual em si, frequentemente, não é presenciado por testemunhas, tornando controversa a narrativa dos fatos, com a existência apenas das versões opostas dos envolvidos sobre a ocorrência ou não do consentimento.

A abordagem de Rogério Greco sobre esse aspecto merece destaque

Isso quer dizer que a vítima, mesmo dando mostras anteriores que desejava o ato sexual, pode modificar sua vontade a qualquer tempo, antes da penetração, por exemplo. Somente o consentimento que precede imediatamente o ato sexual, como esclareceu o Tribunal norteamericano, é que deve ser considerado (GRECO, 2016, p. 745).

O autor menciona o caso ocorrido em 1991 envolvendo Mike Tyson e Desiree Washington. Sob a acusação de estupro, a defesa do boxeador tentou anular sua condenação com base nas alegações de testemunhas que não foram ouvidas em juízo, as quais afirmavam ter visto a vítima entrando no carro do acusado, onde eles teriam se beijado e abraçado (GRECO, 2016).

O Tribunal de Apelação norteamericano, contudo, confirmou a condenação asseverando que a crença de que haverá consentimento em momento futuro para a prática sexual não autoriza o estupro, sendo necessário que ocorra previamente ao ato sexual (GRECO, 2016).

Outro caso internacional que ganhou repercussão foi a absolvição de um homem de vinte e sete anos, acusado de estuprar uma menina de dezessete, na Irlanda. Em novembro desse ano, durante o julgamento, a advogada de defesa apresentou aos jurados – oito homens e quatro mulheres – a peça íntima usada pela adolescente no momento do crime, uma calcinha do tipo “fio-dental” (THE TELEGRAPH, 2018).

A menção feita à peça durante a audiência, a fim de reafirmar o consentimento da vítima para o ato sexual e a absolvição final do acusado, provocou

protestos nas ruas e redes sociais, conforme narrado pelo *site* de notícias britânico *The Telegraph* (2018).

O argumento parte de uma premissa, no mínimo, absurda. É como dizer que ao escolher e usar a peça íntima a menina consentiu, irrestritamente, com qualquer proposta sexual. A roupa íntima que usava, conforme sugere, demonstrava uma disponibilidade absoluta para encontros sexuais, legitimando o estupro.

Vários aspectos podem ser considerados nos casos mencionados: o descrédito conferido à palavra da vítima, a ideia compartilhada de que a vítima não pode se negar ao ato sexual iminente e, ainda, a crença de que algum comportamento da vítima foi determinante para o estupro. A força dessas ideias se manifesta, sobretudo, quando a vítima é mulher.

Quanto à questão da prova do crime, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.275.114, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a jurisprudência consolidada sobre a especial relevância de que se reveste a palavra da vítima. Por certo, conclusão diversa tornaria praticamente impossíveis condenações por crimes contra a liberdade sexual, em razão da dificuldade de comprovação da acusação. Nesse sentido

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

Prosseguindo as considerações sobre o crime, a conjunção carnal é a penetração do pênis na vagina, ao passo que a expressão “outro ato libidinoso” indica aqueles comportamentos de natureza sexual capazes de aflorar e satisfazer a libido do agente. Exemplificam o sexo oral, coito anal, masturbação, toques ou apalpadelas com significação sexual, direcionadas ao corpo ou região pudica da vítima (genitália, seios ou membros inferiores), contemplação lasciva, contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), por via vaginal, anal ou bucal, entre outros (PRADO, 2013).

Conforme mencionado anteriormente, após a Lei nº 12.015, a elementar “outro ato libidinoso”, outrora designada no tipo “Atentado violento ao pudor” (artigo 214 revogado), foi unificada à conjunção carnal e ambas identificadas como estupro.

Desse modo, um conjunto considerável de condutas, que podem variar em níveis de gravidade, enquadra-se no crime, cuja pena, na modalidade simples, varia de seis a dez anos de reclusão, além de receber tratamento de crime hediondo (artigo 1º, V da Lei nº 8.072/90), o que alguns autores alegam ofender o princípio da proporcionalidade. Quanto a essa discussão, abordagem mais profunda será feita no capítulo seguinte.

Verifica-se, ainda, que após a Lei nº 12.015 a menção à “mulher” como sujeito passivo foi substituída por “alguém”, admitindo o enquadramento típico mesmo que homens sejam vítimas.

Rogério Greco (2016) menciona a controvérsia outrora existente sobre a possibilidade de o marido ser autor do crime de estupro contra a própria esposa, e atesta que a discussão perdeu o sentido na atualidade.

Evidentemente, conclusão no sentido oposto afrontaria a dignidade sexual da vítima, bem jurídico tutelado pela legislação vigente. Ademais, a previsão de extinção da punibilidade do agente pelo casamento com a vítima foi revogada em 2005.

Historicamente, contudo, o argumento que desconsiderava o estupro marital, como é conhecido atualmente, tinha força, estando presente nos manuais de direito penal, conforme se lê nas palavras de Nelson Hungria reproduzidas abaixo

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (HUNGRIA, 1947, p. 116).

Em razão dos sucessivos momentos identificados no estupro, consistentes no emprego da violência ou grave ameaça e na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a tentativa ocorre quando iniciada a execução, com os atos direcionados ao constrangimento da vítima, a consumação – ato sexual ou libidinoso – não se concretiza por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pode-se imaginar a situação em que o agente aponta uma arma para a vítima e a leva para um terreno baldio com o intuito de estuprá-la, mas é surpreendido com a intervenção de terceiro ou da polícia (ESTEFAM, 2018).

Souza e Japiassú (2018) ressaltam a facilidade com que a consumação pode ser verificada já que qualquer ato libidinoso mais intenso já será suficiente para que o delito se consuma.

O Capítulo IV do Código Penal, referente às disposições gerais, com a edição da Lei nº 13.718 de 2018, passou a prever causas de aumento da pena, de um a dois terços, para o estupro coletivo e corretivo (artigo 226, inciso IV). Segundo o dispositivo, trata-se de estupro coletivo aquele praticado por dois ou mais agentes.

A previsão deve ser compatibilizada com a majorante prevista no inciso I do artigo 226, que também se refere ao concurso de agentes. Ao que parece, o dispositivo incluído pela nova lei deverá ter sua aplicação limitada ao estupro, em razão de seu título. O inciso I, por sua vez, utilizado para os demais crimes do título.

Estupro corretivo é aquele praticado com a finalidade de controlar o comportamento social ou sexual da vítima. Segundo Rogério Sanches, em explicação trazida sobre o tema, a majorante pode ser aplicada aos crimes praticados contra mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, em que o abusador age movido pelo desejo de modificar a orientação sexual ou o gênero da vítima (CUNHA, 2018, não p.).

3 PROBLEMÁTICAS RELATIVAS AOS CRIMES SEXUAIS

Conforme mencionado no capítulo anterior, após a Lei nº 12.015 o crime de estupro passou a abrigar duas previsões de comportamento, a conjunção carnal e outro ato libidinoso.

Por conjunção carnal se designa o sexo vaginal, ao passo que outro ato libidinoso compreende condutas como o sexo oral, coito anal, masturbação, toques ou apalpadelas com significação sexual, direcionadas ao corpo ou região pudica da vítima (genitália, seios ou membros inferiores), contemplação lasciva, contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), por via vaginal, anal ou bucal, entre outros (PRADO, 2013).

Como é possível perceber, um conjunto de condutas variáveis em níveis de gravidade enquadra-se no crime, cuja pena, na modalidade simples, varia de seis a dez anos de reclusão, além de receber tratamento de crime hediondo (artigo 1º, V da Lei nº 8.072/90).

Além disso, a descrição típica do estupro está associada a um *modus operandi* do agente, que deve constranger a vítima ao ato sexual por meio de violência ou grave ameaça. Essas são elementares do tipo, exigíveis para sua caracterização, caso não verificadas, impedem que determinada conduta seja tipificada como estupro.

Muitos autores abordavam essas problemáticas perceptíveis no tipo penal. Na prática, casos concretos revelaram a dificuldade de enquadramento jurídico de condutas ultrajantes e violentas para a vítima e fortemente censuradas pela sociedade, mas sem total correspondência com os crimes existentes no Código Penal, ficando sujeitas a um “esforço criminalizador²²” ou à atipicidade e irrelevância penal.

3.1 “O CASO DO EJACULADOR DO ÔNIBUS”

A respeito da problemática tipificação verificada em tais casos, vale a reiterada menção ao caso ocorrido no ônibus na Avenida Paulista, narrado na

²² A expressão foi tomada por empréstimo do título de uma coluna do *site* Justificando, “O perigoso esforço criminalizador: ainda sobre o caso do ‘estupro’”, de autoria de Lucas Sada, Roberta Moreira de Araujo e Thiago Araujo, datada de 11 de setembro de 2017.

Introdução. O juiz responsável pela audiência de custódia de Diego Ferreira de Novais concluiu que o homem devia ser liberado, considerando tratar-se apenas de contravenção penal a conduta de ejacular, repentina e inesperadamente, em uma passageira. No entendimento do magistrado, não houve constrangimento, logo não teria havido crime (SÃO PAULO, 2017).

Contudo, claramente um ato libidinoso havia sido praticado sem consentimento do sujeito passivo. Na ocasião, diversos dispositivos do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 1941) foram invocados como figuras passíveis de tipificação da conduta, alguns dos quais merecem maiores considerações.

Considerou-se a possibilidade de a conduta se enquadrar no crime de estupro de vulnerável, em razão dos relatos de que a vítima dormia no momento em que foi alvo do ato, estando, portanto, impossibilitada de evitar ou impedir a ação do agente. O Código Penal descreve o delito em questão da seguinte maneira

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Os verbos nucleares são ter ou praticar, desse modo, o uso de violência ou grave ameaça é prescindível para a configuração do crime, que não exige o constrangimento da vítima. A conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menores de quatorze anos é tipificada independentemente do consentimento do sujeito passivo.

São igualmente considerados vulneráveis pela lei aqueles que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), em decorrência de enfermidade ou deficiência mental (critério biológico), ou que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência (GRECO, 2016).

Nesse último caso, a impossibilidade de resistência do sujeito passivo pode ou não ter sido provocada pelo agente, sendo reconhecida pelos doutrinadores penais nos casos de embriaguez da vítima, que a leva à inconsciência,

enfermidades, paralisia dos membros, idade avançada, desmaios, entre outros (ESTEFAM, 2018).

O caso narrado, de acordo com Rogério Sanches, não poderia ser considerado estupro de vulnerável, conforme explica

A vulnerabilidade de que cuida o tipo penal é aquela de caráter duradouro ou ao menos extensa o bastante para tornar impossível a resistência. Um sono leve, ou mesmo a distração, não são suficientes para caracterizá-la. O que se leva em conta, para que se manifeste este crime – mais grave do que o estupro no qual se emprega a violência real ou a grave ameaça –, é obviamente a completa incapacidade de reação enquanto o ato está sendo cometido. Alguém em estado de embriaguez completa, em coma ou, embora consciente, com limitações físicas que lhe impossibilitem repelir a agressão é o objeto de tutela penal; não é o indivíduo pego de surpresa, mas plenamente capaz de reação (CUNHA, 2017b, não p.).

Outro tipo penal apontado como possibilidade de tipificação da conduta ocorrida no ônibus foi o de violação sexual mediante fraude, inscrito no artigo 215 do Código Penal

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Contudo, o delito pune o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com o sujeito passivo a partir da obtenção do consentimento viciado, em razão da fraude ou outro meio empregado que impediu ou dificultou a livre manifestação de vontade da vítima, o que não se verificou no caso narrado.

Afastados os crimes de estupro, estupro de vulnerável e de violação sexual mediante fraude, restou como possibilidade de capitulação da conduta a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 1941).

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:
Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

A contravenção se constituía em infração de menor potencial ofensivo, sujeita ao procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, de acordo

com o artigo 61 da Lei nº 9.099 de 1995. Consistia na prática de atos que causassem embaraço e vergonha, por serem contrários ao pudor e decência, especialmente aqueles dotados de conotação sexual, devendo também ser praticados em local público.

O caso do homem que ejaculou na passageira do ônibus foi enquadrado de acordo com a referida contravenção, punida apenas com multa, razão pela qual a determinação de prisão preventiva (artigo 313 CPP) não seria possível, exigindo-se o relaxamento da prisão em flagrante e a liberação do agente.

Evidentemente, o fato suscitou inúmeras reações motivadas, sobretudo, pela desproporcionalidade entre a repugnância da conduta e o baixo rigor da resposta penal. A imagem do homem deixando livremente a delegacia, mesmo após se masturbar e ejacular no ombro de uma mulher dentro de um transporte coletivo, foi associada ao trecho da decisão judicial de relaxamento da prisão em que dizia não ter havido constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça.

Parecia simbólico, sobretudo em um país onde, diariamente, mulheres denunciam casos de assédio no transporte público, a ponto de serem reservados vagões para uso exclusivamente feminino.

Se, por um lado, muitas das reações críticas foram motivadas pelo desconhecimento do sentido técnico com o qual os termos foram empregados na decisão – com a significação própria do âmbito jurídico –, por outro lado, foi revelada a insuficiência do arcabouço penal para o tratamento dessa e de outras condutas, tidas como intermediárias.

O caso analisado apresenta dificuldades de enquadramento em dois sentidos: o primeiro, em razão do modo de atuação de Diego, que se aproveitou da distração ou mesmo do cochilo em que a vítima se encontrava; o segundo, decorrente da conduta em si, passível de ser interpretada como ato libidinoso.

Deve-se reconhecer a impossibilidade de qualquer diploma legal prever com completude a variedade de condutas verificáveis na realidade fática. O direito parece sempre assistir, com certo atraso, o desenrolar da vida real e as inimagináveis possibilidades de fatos que ela oferece.

É certo que alguma ocorrência sempre vai escapar às abstrações legais e às elementares do tipo penal. Somam-se a isso a baixa qualidade da técnica legislativa empregada em certos artigos e o fenômeno bastante conhecido no Brasil de

produção e alteração casuística de tipos penais, impulsionado pelo sensacionalismo midiático em torno de casos com grande repercussão.

Ao abordar o tema do populismo penal midiático, os autores Martinelli e Bem fazem interessante apontamento

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1998 uma onda de crimes abalou altos segmentos da sociedade que antes estavam livres de ataques criminosos. Recordamos das extorsões mediante seqüestros sofridas pelo empresário Abílio Diniz (1989) e pelo publicitário Roberto Medina (1990), que elevaram as penas do delito, considerando a promulgação da chamada Lei nº 8.072/1990, de 25 de julho. Nascia a “prematura” Lei de Crimes Hediondos, pois o Senado a aprovou em pouco mais de um mês, contado da data de apresentação do projeto, e a Câmara aprovou um substituto a respeito em somente dois dias. A influência da mídia para a aprovação da legislação foi gritante, a ponto do então deputado federal Plínio de Arruda Sampaio enfatizar em seu discurso: “Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação”. Passados alguns anos, esse diploma foi alterado por meio da Lei n. 8.930/1994 com a introdução do crime de homicídio no rol de crimes hediondos em razão da morte da atriz Daniella Perez (1992) e da ocorrência das chacinas de Vigário Geral e da Candelária (1993). Uma segunda modificação decorreu com a Lei n. 9.695/1998 que introduziu o crime de falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais tendo em vista o famoso caso da “pílula de farinha” (1998) (MARTINELLI; BEM, 2017, p. 168).

É certo que a reação do Poder Legislativo a fatos com ampla repercussão, manifestada na criação e agravamento de tipos penais, promove a atualização do Código Penal, o que é relevante se consideradas as décadas de sua vigência.

Contudo, frequentemente, o ímpeto de alterar casuisticamente os tipos penais parece atender apenas a uma demanda punitivista que emerge da sociedade diante dos crimes noticiados, sem que sejam observadas as reais necessidades de adequação do diploma penal.

3.2 LACUNA LEGAL E A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A lacuna legal referente aos crimes sexuais já era um aspecto apontado pelos doutrinadores, em razão da dificuldade de enquadramento de condutas tidas como intermediárias, ou seja, cuja gravidade não poderia ser comparada à do estupro ou da penetração oral ou anal forçada, mas que não se amoldavam adequadamente aos demais crimes ou contravenções penais existentes.

Estefam (2018, p. irreg.) faz o seguinte apontamento sobre o beijo roubado

Para nós, ao oposto do que vem decidindo os tribunais, o beijo na boca (ainda que “roubado”) jamais poderá caracterizar ato libidinoso (nesse caso, o crime poderá ser de constrangimento ilegal ou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, sob pena de malferir o princípio da proporcionalidade). Afigura-se arrematado exagero, em nosso sentir, considerar que o ato de tomar à força um beijo na boca de outrem possa ser considerado crime hediondo, punido com reclusão, de 6 a 10 anos.

O autor propõe que em casos tais o julgador promova a readequação típica de determinados comportamentos, quando verificada inequívoca e insuperável desproporção entre a sanção prevista e a gravidade concreta da conduta, de modo a evitar um “excessivo e desarrazoado rigor punitivo” (ESTEFAM, 2018, p. irreg.).

Souza e Japiassú (2018) parecem se valer do caso do ônibus para comentar a questão da tipificação de condutas intermediárias e concluem pelo enquadramento da conduta como contravenção de importunação ofensiva ao pudor, semelhantemente à decisão judicial citada anteriormente

A propósito, discute-se a natureza jurídica do chamado ataque sexual de surpresa, como ocorre, por exemplo, quando a vítima está em “sono natural” e vem a receber um jato de esperma no seu corpo.
Exemplo: “A” aproveita-se do fato de que a vítima “B” está dormindo no assento de um ônibus intermunicipal, rapidamente se masturba, ejaculando no seu rosto, sendo em seguida detido pelos passageiros “C” e “D”.
No caso exemplificado, o agente “A” aproveitou-se do fato de a vítima “B” estar dormindo, praticando ato de caráter libidinoso (ejaculação). A doutrina discute se a conduta de “A” caracteriza o crime de estupro (art. 213, do CP), estupro de vulnerável (art. 217-A § 1º, do CP) ou violação sexual mediante fraude (art. 215, do CP). Há, ainda, quem considere não ter havido nenhum crime, mas somente a supracitada contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da LCP), sob o fundamento de que dormir dentro de um transporte público não seria indicativo da impossibilidade de oferecer resistência, notadamente quando presentes outros passageiros. O crime de estupro, no caso, está descartado, pois “A” não praticou violência física ou grave ameaça contra “B”. A violação sexual também deve ser afastada, pois, de forma semelhante, não houve o emprego de fraude ou outro meio impeditivo da manifestação de vontade da vítima “B”, que, como visto, estava em sono natural. Dessa maneira, reconhecendo o caráter controvertido do tema, tem-se que a solução mais adequada parece ser a de considerar como a citada contravenção ofensiva ao pudor ou estupro de vulnerável, porque, por estar dormindo, “B” não podia oferecer resistência ao ato libidinoso de “A” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 761).

Cezar Roberto Bitencourt (2018b) também considera que condutas como passar as mãos nas coxas, nádegas ou seios da vítima e abraços forçados

constituem contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, privilegiando o princípio da proporcionalidade e o desvalor da ação e do resultado.

No entanto, as decisões proferidas no âmbito do STJ indicam entendimento diverso pelo Tribunal²³, conforme pode ser notado na leitura de trecho do acórdão abaixo, referente ao Recurso Especial nº 1.611.910, julgado em outubro de 2016. No processo, um homem foi acusado de beijar, lasciva e forçadamente, uma adolescente, sendo processado na forma do artigo 213, § 1º do CP.

O aresto impugnado informou que o réu abordou de forma violenta e sorrateira a vítima – adolescente de 15 anos – com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de "ficar" com a jovem e pela ação de lhe impingir, à força, um beijo libidinoso, após ser derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen. A agressão sexual somente não prosseguiu porque o recorrido percebeu a aproximação de indivíduos em uma motocicleta. Sem embargo, o Tribunal estadual emprega argumentação que reproduz o que se identifica como a cultura do estupro, ou seja, a aceitação como natural da violência sexual contra as mulheres, em odioso processo de objetificação do corpo feminino. Reproduzindo pensamento patriarcal e sexista, ainda muito presente em nossa sociedade, a Corte de origem entendeu que o ato não passou de um "beijo roubado". A propósito, deve-se ter em mente que estupro é um ato de violência (e não de sexo). Busca-se, sim, a satisfação da lascívia por meio de conjunção carnal ou atos diversos, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física. Consoante já consolidado pelo STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o crime de estupro, ao lado da conjunção carnal, inclui "toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg REsp n. 1.154.806-RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 21/3/2012). Acrescento que toda a violência narrada foi desconsiderada para dar lugar à revitimização da adolescente abusada, bem como ao apoio à cultura permissiva da invasão à liberdade sexual, em regra, contra as mulheres. Em verdade, o ato narrado nos autos não foi punido por não ser considerado grave, o que, a meu ver, atenta contra a razão e o bom senso. Fez-se uma avaliação da realidade na visão do agente e não na da vítima. Se tomada a ofendida como referência, diversa seria a conclusão acerca da efetiva satisfação da lascívia, assim como da efemeridade da violência. Para quem sofre abusos de natureza sexual, as marcas podem ter duração eterna. A retórica perpetrada pela Corte local desconsidera, totalmente, a vontade da vítima e a submete, em completa passividade, às investidas sexuais dos agentes dos crimes dessa natureza. Ou seja, para o tribunal de origem pouco importaram a ausência do consentimento e a súplica da vítima para o réu cessar as violentas investidas tendentes, sim, à satisfação da lascívia do agressor. A

²³ Se considerado o crime de estupro de vulnerável, o STJ possui entendimento ainda mais rigoroso. O Tribunal prescinde de contato físico entre autor e vítima para a configuração do tipo, reconhecido na hipótese de o agente contemplar lascivamente, mediante pagamento, o corpo de adolescente menor de quatorze anos desnuda em um motel, conforme RHC 70.976-MS, de relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016.

prevalência desse pensamento ruboriza o Judiciário e não pode ser tolerada.

Conforme o aresto revela, o STJ, divergindo dos posicionamentos doutrinários apresentados, reconheceu a ocorrência de estupro no caso do agente que forçou a vítima a um “beijo roubado”, ao derrubá-la no chão e imobilizá-la.

3.3 HISTÓRICO DA LEI Nº 13.718 DE 2018

Na tentativa de suprimir a lacuna legal existente e incluir no Código Penal um delito capaz de permitir o adequado enquadramento das condutas mencionadas, geradoras de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, foi editada a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.

A norma foi gerada a partir do Projeto de lei do Senado nº 618, de 2015²⁴, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin. Inicialmente, o projeto previa apenas a majorante para os crimes de estupro e estupro de vulnerável quando cometidos em concurso de duas ou mais pessoas.

Importa mencionar a existência, entre as disposições gerais do Título VI do CP, já naquela época, de causa de aumento de pena para os casos de concurso de pessoas (artigo 226, inciso I, do CP). Ainda assim, a justificção do projeto alega a necessidade de punição diferenciada e exemplar dos responsáveis por estupros coletivos, fazendo menção a quatro adolescentes vítimas do crime em maio de 2016, no Estado do Piauí, e a três casos no Rio Grande do Norte, em agosto daquele ano.

Ainda no Senado Federal, a relatora Senadora Simone Tebet incluiu no projeto a proposta de criação de uma figura típica, a fim de punir os agentes que divulgassem por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro com cenas de estupro²⁵.

²⁴ As informações referentes ao projeto de lei e sua tramitação foram obtidas na página eletrônica referente à Atividade Legislativa do Senado Federal, em consulta ao Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015, no seguinte endereço: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁵ As informações referentes ao projeto de lei e sua tramitação foram obtidas na página eletrônica referente à Atividade Legislativa do Senado Federal, em consulta ao Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015, no seguinte endereço: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777168&ts=1543011110542&disposition=inline>>. Acesso em 20 nov. 2018.

A relatora considerou a existência de um tipo penal semelhante no Estatuto da Criança e Adolescente (artigo 241-A da Lei nº 8.069/1990), ocorre que o dispositivo se destina aos casos envolvendo crianças e adolescentes, o que, no entendimento dela, gerava um vácuo normativo para os demais casos.

O relatório mencionou a necessidade de se aproveitar a triste oportunidade gerada à época pelos fatos ocorridos no Piauí e também no Rio de Janeiro, onde uma adolescente foi violentada coletivamente, com a filmagem e compartilhamento da imagem do crime, para aprimorar o conteúdo do projeto de lei.

Seguindo para a Câmara dos Deputados, sob o nº 5452/2016²⁶, ao projeto foram acrescentados os dispositivos presentes no teor da lei aprovada posteriormente. Merece destaque o acréscimo promovido pela relatora Deputada Laura Carneiro, em 05 de setembro de 2017, poucos dias depois do “caso do ejaculador do ônibus”.

A deputada propôs a criação do crime de Importunação sexual, mencionando que os legisladores criam estar cumprindo seu papel “dando uma resposta muito rápida à questão” (CARNEIRO, 2017, p. 02). A criação desse crime (artigo 215-A do CP), evidentemente, foi o objeto de maior atenção, com ampla divulgação nos meios de comunicação nacionais.

Contudo, a lei promoveu outras modificações igualmente importantes, mencionadas pontualmente em momentos anteriores desse trabalho, e teve seu histórico de tramitação marcado por datas simbólicas.

A aprovação do projeto na Câmara ocorreu na véspera (07/03/2018) do Dia Internacional da Mulher, e no Senado Federal, teve o projeto substitutivo aprovado em 07 de agosto de 2018, data em que a Lei Maria da Penha completava doze anos de existência. Quanto à sanção, foi promovida pelo Ministro Dias Toffoli, na qualidade de substituto eventual do Presidente da República.

3.4 IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E DEMAIS ALTERAÇÕES RELEVANTES

²⁶ As informações referentes ao projeto de lei e sua tramitação foram obtidas na página eletrônica referente à Atividade Legislativa da Câmara dos Deputados, em consulta ao Projeto de Lei nº 5452/2016, no seguinte endereço: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em 20 nov. 2018.

A partir de 25 de setembro de 2018, várias das condutas anteriormente mencionadas passaram a ter novo enquadramento jurídico-penal, com o surgimento do crime de importunação sexual, inserido no Código Penal, no artigo 215-A, entre os crimes contra a liberdade sexual.

Importunação sexual (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

O verbo nuclear do tipo é praticar ato libidinoso e o dissenso da vítima está expressamente previsto como elementar típica. Contudo, diferentemente do crime de estupro, não há menção à violência ou grave ameaça. Desse modo, os ataques sexuais praticados de surpresa, em que o agente se aproveita da distração ou cochilo do sujeito passivo, enquadram-se bem à descrição típica.

A conduta deve ser direcionada à pessoa específica, o que é relevante em razão da colocação topográfica do tipo penal, inserido entre os crimes contra a dignidade sexual, bem jurídico titularizado somente por pessoas. Além disso, a elementar ajuda a diferenciar a importunação sexual do crime de ato obsceno.

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

O delito de ato obsceno está inserido no capítulo referente ao ultraje público ao pudor e tutela a moralidade coletiva, o pudor público, atingido com a prática de ato que causa escândalo e ofende o pudor de quem o presencia, devendo ocorrer em local público, aberto ou exposto ao público.

Diferentemente, o crime de importunação sexual ofende a dignidade e, mais especificamente, a liberdade sexual do sujeito passivo, vítima de ato libidinoso não consentido, que pode ocorrer em lugar público e aberto ao público ou não. Exemplificando a diferença perceptível entre os crimes, Rogério Sanches explica

Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma

praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local (CUNHA, 2018, p. 02).

Originalmente, no acréscimo promovido pela Deputada Laura Carneiro, que inseriu o crime em questão no projeto de lei, a redação previa: “Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência [...]” (CARNEIRO, 2017). Entretanto, a imprecisão dos termos empregados poderia dar ensejo à incriminação desarrazoada de condutas como um beijo em público ou a nudez, presenciadas por alguém que alegasse não ter anuído com o ato libidinoso. A redação atual é mais adequada nesse ponto.

Como se percebe pela leitura do tipo penal, sobretudo do preceito secundário, importunação sexual é crime subsidiário, que somente se configura quando o ato não caracteriza crime mais grave.

Apesar da subsidiariedade expressa, não há menção a outra norma individualmente determinada. Isso porque, a depender do modo como o ato libidinoso é praticado, o enquadramento típico pode variar. Se ocorrer violência ou grave ameaça, será estupro; se praticado mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, haverá violação sexual mediante fraude.

Nesse ponto, o legislador parece ter acertado, incluindo no Código uma norma penal incriminadora capaz de enquadrar as condutas tidas como intermediárias, praticadas sem o consentimento do sujeito passivo, e sem a determinação de um modo específico de agir, o que confere ao tipo certa elasticidade e garante sua subsidiariedade.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar ato libidinoso contra alguém. Há, ainda, a menção ao especial fim de agir, consistente no objetivo de satisfazer a lascívia própria do agente ou de terceiro.

Curiosa é a situação em que o agente pratica ato libidinoso não consentido contra alguém, sem o especial fim de agir do delito de importunação sexual – quando, por exemplo, o faz com o fim de humilhar o sujeito passivo. Nesse caso, a caracterização de delito contra a dignidade sexual estará afastada, e possivelmente, será considerada outra figura típica ou contravenção penal.

A sanção cominada, reclusão de um a cinco anos, faz com que o crime seja considerado de médio potencial ofensivo, que admite o benefício de suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099 de 1995. Em razão da pena máxima, superior a quatro anos, admite-se a prisão preventiva se verificados os demais pressupostos (artigos 312 e 313 do CPP).

Em razão da novidade do crime e da vigência da Lei – aproximadamente dois meses, certamente maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais ainda serão construídas.

Em momento anterior desse trabalho, quando foram feitas considerações sobre o caso *La Manada*, ocorrido na Espanha, fez-se o questionamento sobre como fato semelhante seria tratado se julgado pelos tribunais brasileiros. Trata-se de conjectura apenas, pois, diante de fatos concretos, apurados através de provas coligidas em um processo criminal, as decisões judiciais podem ser variadas.

Assim, fato semelhante poderia ser enquadrado como estupro de vulnerável (artigo 217-A, § 1º, do CP), a depender do nível de embriaguez da vítima, entendida como causa para a impossibilidade de resistência. Ou, ainda, como estupro (artigo 213 do CP), se o julgador ou julgadora considerasse todo o contexto dos fatos e identificasse expressão de violência ou grave ameaça capaz de se subsumir às elementares típicas.

Pode-se pensar ainda, como hipótese, no reconhecimento de semelhante situação como importunação sexual (artigo 215-A do CP). Apesar da ausência de menção expressa à conjunção carnal na descrição típica, os autores costumam designar a conduta como espécie de ato libidinoso, conclusão que pode ser extraída da própria redação do crime de estupro, que fez referência a “outro” ato libidinoso.

Dessa forma, uma “brecha” no tipo penal e um desvirtuamento de seu propósito inicial poderiam dar ensejo à conclusão semelhante àquela que chegaram os julgadores do caso espanhol *La Manada*, resultando em punição demasiadamente branda²⁷. Contudo, conforme mencionado, somente o transcorrer do tempo irá revelar e confirmar os aspectos positivos e negativos das novidades trazidas ao Código Penal pela Lei nº 13.718.

²⁷ Cezar Roberto Bitencourt, em coluna publicada no *site* Conjur, em setembro de 2018, comenta o tipo penal de importunação sexual e, reiteradas vezes, menciona que a conjunção carnal está excluída da descrição típica, em razão de sua gravidade desproporcional à pena cominada (BITENCOURT, 2018a).

Destaca-se, ainda, a revogação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 1941). Apesar da revogação formal do dispositivo, verifica-se o princípio da continuidade normativo-típica, já que o conteúdo da contravenção parece constituir o crime de importunação sexual (CUNHA, 2018). Evidentemente, ocorreu nesse ponto o fenômeno da *novatio legis in pejus*.

Outro aspecto que merece destaque na nova Lei é a criação de um delito, no rol de crimes contra a dignidade sexual, destinado à punição da prática conhecida como *revenge porn* e também dos casos de divulgação de cenas de estupro.

No primeiro caso, o agente divulga imagens íntimas da vítima, geralmente mulheres jovens, contendo cenas de nudez ou sexo, com o intuito de promover sua exposição, o que é agravado pela facilidade com que o conteúdo é compartilhado através da *internet*, em redes sociais e aplicativos de trocas de mensagem²⁸.

A pornografia de vingança pode ser entendida como uma forma de violência contra as mulheres manifestada através das novas tecnologias. A ampla divulgação de imagens pornográficas, com finalidade difamatória, afeta a identidade virtual da vítima, já que seu perfil e demais dados são facilmente encontrados e associados. Inevitavelmente, os prejuízos à “imagem virtual” alcançam também sua “imagem real” (GOMES, 2015).

Anteriormente, tal situação era tipificada como injúria praticada por meio que facilitou sua divulgação (artigos 140 e 141, III, ambos do CP). Logo, como crime contra a honra, não havia uma tutela específica direcionada à dignidade sexual, aspecto em que a nova lei demonstrou ter avançado, com a inclusão do delito previsto no artigo 218-C do CP.

O crime é majorado se praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação (artigo 218-C, § 1º do CP). Há, ainda, causa excludente de ilicitude se o agente pratica as condutas descritas no artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da

²⁸ Em parte, tal situação já havia motivado a edição da Lei nº 12.737 de 2012, que inseriu no Código Penal o artigo 154-A. O delito pune a invasão de dispositivo informático alheio, promovida com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. A “Lei Carolina Dieckmann”, como se tornou conhecida, foi associada ao caso ocorrido com a atriz, em 2011, em que seu e-mail foi invadido por hackers e trinta e seis imagens de nudez foram divulgadas sem autorização.

vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de dezoito anos (artigo 218-C, § 2º do CP).

Destaca-se também a alteração da titularidade da ação penal referente aos crimes contra a liberdade sexual e contra vulnerável. A partir da nova lei, são processados mediante ação penal pública incondicionada (artigo 225 do CP).

Quando a autoridade policial é informada da possível ocorrência de um crime cuja ação penal é de tal natureza, impõe-se a instauração de inquérito e o oferecimento de denúncia contra o autor do crime, pelo órgão acusador, caso se reúnam provas suficientes da autoria e materialidade.

A imposição desse tratamento aos crimes contra a dignidade sexual pode aparentar uma maior proteção às vítimas e a redução da impunidade dos agentes. Entretanto, a alteração legal ignora o juízo de conveniência pertinente à própria vítima, quanto à investigação e ao processo, o que pode ser contraproducente e incentivar ainda mais a subnotificação desses delitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados e considerações expostos nesse trabalho, sem esgotar as possibilidades do tema, permitem a construção de inúmeras conclusões. Inicialmente, parece clara a necessidade de se repensar as relações estabelecidas entre homens e mulheres (ou entre masculino e feminino).

Ainda que se façam objeções às abordagens teóricas mencionadas no primeiro capítulo e que os dados e fatos referentes à violência contra a mulher possam ser explicados a partir de diferentes perspectivas, é certo que uma atitude de indiferença ou mesmo de negação dessa realidade é descabida – mesmo que muitos prefiram se manter deliberadamente “cegos” diante da inferioridade feminina socialmente construída e expressa de tantas maneiras.

A desigualdade entre homens e mulheres e o modelo hierarquizado e violento de administração dos conflitos familiares e conjugais apresentam manifestações diárias de letalidade nos inúmeros casos de violência noticiados nos jornais. Além disso, resultam em inúmeros prejuízos compartilhados pela sociedade como um todo – com muito mais força sobre as mulheres, evidentemente.

Saffioti, ao abordar os malefícios da dominação exercida pela figura do macho, menciona o impacto dessa dinâmica sobre o âmbito familiar, evidenciando a necessidade de que as relações sejam construídas sobre a igualdade dos membros da família. De outro modo, a desigualdade produz desprazer, rivalidades e amargura (SAFFIOTI, 1987).

Inicialmente, a proposta desse trabalho era de analisar o tratamento jurídico-penal dos crimes sexuais, a partir do questionamento propulsor sobre a suposta ausência de um tipo penal capaz de enquadrar, adequada e proporcionalmente, condutas tidas como intermediárias, a exemplo do “caso do ejaculador do ônibus”.

Contudo, no curso de sua elaboração, a edição e vigência da Lei nº 13.718 pareceu fornecer uma resposta, com o surgimento do delito de importunação sexual. Ainda assim, o questionamento pareceu se manter e a pesquisa promovida revelou algo mais profundo que o mero vácuo legislativo pela ausência de um tipo penal, que de fato existia.

Paiva e Sabadell (2018), ao proporem uma análise do crime de estupro à luz da epistemologia feminista, como uma crítica à suposta neutralidade dos conceitos

jurídicos, evidenciam que a construção do tipo penal e a linguagem empregada, nas normas e nas decisões judiciais, demonstram uma perspectiva masculina²⁹. Isso não apenas distancia a tutela da vítima, como também provoca sua segunda vitimização, ao ser submetida à investigação e ao processo criminal.

A análise do crime de estupro e suas ambiguidades e de alguns casos mencionados nesse trabalho tornaram tal observação bastante evidente. Conforme se afirmou, a descrição típica do estupro associou o constrangimento e a ausência de consentimento para a prática sexual a um modo específico de atuação do agente, consistente na ação violenta ou ameaçadora.

Além disso, conforme também apontado no capítulo II, os manuais de Direito Penal costumam indicar a necessidade de que a resistência da vítima seja séria e inequívoca. Desse modo, a descrição típica e as interpretações que se fazem dela operam uma inversão da lógica da tutela penal.

Apesar de o capítulo em que o estupro está inserido tutelar a liberdade sexual, que inclui o direito de homens e mulheres se negarem à prática de atos sexuais indesejados (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018), o tipo penal parece partir da premissa oposta, associando a ausência de consentimento da vítima ao emprego de violência ou grave ameaça pelo agente do crime.

Parece mais lógico e adequado, como decorrência da tutela da dignidade e liberdade sexual, exigir consentimento inequívoco para a prática sexual (XIMENES; ROSA MENDES; CHIA, 2017). Contudo, a construção do tipo penal conduz à necessidade de demonstração inequívoca do dissenso. Desse modo, os limites de violação ao corpo da mulher não são determinados por ela (PAIVA; SABADELL, 2018).

A diferenciação entre o que é sexo e estupro é caracterizada pelo extremo do uso da violência e a necessidade de que o corpo da vítima – frequentemente mulher – seja gravemente lesionado, sob pena de não se reconhecer a ocorrência do crime, como no caso *La Manada*.

Pode-se cogitar de diversas situações que não atendem ao requisito da violência ou grave ameaça, apesar de serem facilmente reconhecidas como práticas sexuais não consentidas, como o caso em que uma mulher é surpreendida pelo

²⁹ Isso é reforçado pelas interpretações promovidas nos manuais. Na elaboração desse trabalho, tal constatação tornou-se bastante clara na medida em que os autores citados, sobretudo no capítulo III, são homens.

agressor mais forte fisicamente do que ela, suprimindo suas chances de reação (PAIVA; SABADELL, 2018).

As autoras Paiva e Sabadell (2018), em exemplo dessa ambiguidade, mencionam os casos frequentes em que a vítima não possui, objetiva ou subjetivamente, possibilidade de opor enérgica resistência ao autor do estupro ou busca minimizar os efeitos da violência, como uma dona de casa violentada sexualmente pelo marido a quem está ligada por razões como a dependência econômica ou o cuidado dos filhos.

Retomando o caso ocorrido no interior do ônibus em São Paulo, nota-se a desconsideração da perspectiva da própria vítima sobre o fato, promovida em razão da descrição típica do crime de estupro, o que acabou manifesto na decisão judicial de soltura de Diego Ferreira de Novais.

Por mais que a Lei nº 12.015 tenha operado importante modificação no Título VI do Código Penal, no sentido da construção de outro paradigma na estrutura dogmática penal, a formulação dos crimes mantém uma perspectiva que desconsidera a percepção da vítima sobre o fato, e, em última instância, minimiza a violência por ela sofrida.

É relevante o questionamento apresentado por Pimentel e Mendes (2018), em que perguntam qual teria sido o resultado do caso ocorrido no ônibus se, ao invés de um jato de esperma, a vítima tivesse recebido um tapa no rosto. A reflexão conduz à conclusão de que a violência sexual por vezes é tida como menor diante da possibilidade de um ato de violência física.

O apontamento das autoras é preciso. Cabe lembrar que, dias após a liberação, Diego foi novamente preso e indiciado por estupro, já que teria esfregado seu pênis no ombro de uma passageira em um coletivo e tentado impedi-la de fugir, segurando-a pela perna, quando então estaria configurado constrangimento.

No primeiro caso ocorrido no ônibus, a utilização de violência ou grave ameaça não foi sequer necessária, em razão da repentividade com que a vítima foi atingida pelo ato do agente. Pode-se afirmar que, se houvesse percebido a aproximação e comportamento dele, a vítima teria buscado fugir ou reagir de outra maneira.

Em razão dessas constatações, pode-se compreender ter havido constrangimento nos dois casos, caracterizados por atos de violência manifestos

nas invasões dos corpos das mulheres envolvidas, “invasões essas que não se concretizam apenas pelo ato sexual completo, mas por toda e qualquer violação ao corpo feminino que tenha contornos sexuais” (PIMENTEL; MENDES, 2018, p. 321).

Sobre a decisão do juiz podem ser feitas diversas considerações, isso porque as três páginas em que se determinou o relaxamento do flagrante certamente não exprimem todos os aspectos, objetivos e subjetivos, imbricados na decisão.

É possível que o magistrado tenha considerado a pena cominada ao crime de estupro demasiadamente desproporcional à conduta praticada. Ou, ainda, entendido que a capitulação do crime de estupro e a conversão da prisão em flagrante em preventiva significariam um esforço punitivista desarrazoado.

Curiosamente, na audiência de custódia em que se determinou o relaxamento da prisão em flagrante de Diego Ferreira de Novais, ele foi mantido algemado, apesar de tal medida ter, por força da Súmula Vinculante nº 11, caráter excepcional, o que exigiu expressa fundamentação.

A necessidade do uso de algemas foi genericamente indicada pelo grande fluxo de pessoas em circulação no Fórum, bem como considerado o elevado número de audiências de custódia realizadas diariamente, o que tornaria temerário retirar as algemas de todos aqueles ouvidos naquela fase, conforme afirmou o juiz (SÃO PAULO, 2017)³⁰.

Em razão de todo o exposto, entende-se que a questão cerne na discussão dos crimes sexuais não é propriamente a ausência de um tipo penal, embora ela pudesse ser verificada, mas a perspectiva a partir da qual esses crimes são construídos, que acaba por minimizar a violência sexual frente à violência física.

A privacidade, intimidade e integridades física e moral da vítima, lesadas pelo ato sexual não consentido, são consideradas, a partir da previsão legal do estupro, como aspectos secundários à ocorrência de violência física ou grave ameaça praticadas além do ato sexual (PIMENTEL; MENDES, 2018).

Melhor seria a readequação do Título VI do Código Penal, de modo que a descrição típica do estupro prescindisse da violência ou grave ameaça como entendidas atualmente, com uma noção menos restrita do dissenso da vítima, ainda

³⁰ A decisão proferida no auto de prisão em flagrante do processo nº 0076565-59.2017.8.26.0050 foi obtida no site Carta Capital, conforme referência localizada ao fim do trabalho.

que mantida modalidade mais grave para os casos em que a violência se manifestasse também por meio de agressões físicas.

Semelhante alteração foi aprovada pelo Parlamento alemão, em julho de 2016, quando os crimes sexuais foram reformulados a partir da compreensão de que deveria ser abandonada a obsoleta concepção de que ao sujeito passivo cabe oferecer resistência física contra a prática sexual indesejada.

A tônica da mudança é reforçar a necessidade de consentimento inequívoco para a prática sexual, ressaltando a liberdade para a recusa do ato sexual não desejado, e, ao mesmo tempo, reforçar a exigência de obtenção de consentimento sério e suficiente para os casos em que a pessoa não goza de plena capacidade psíquica (CAMARGO, 2017).

Considerar a possibilidade de a legislação brasileira se abrir a essa concepção, mais favorável à vontade da vítima e menos ligada a um conceito restrito de estupro, inevitavelmente, conduz à consideração sobre a precária noção de respeito ao corpo alheio, sobretudo feminino, presente na sociedade e reproduzida por tantos meios. Especialmente as mulheres, conforme já mencionado, são vítimas diariamente de aproximações e contatos indesejados contra seu corpo, a ponto de serem reservados vagões para uso exclusivamente feminino.

A necessidade de se repensar as relações estabelecidas entre homens e mulheres se reforça por essa razão. O estupro e demais crimes sexuais são a expressão mais brutal da cultura de dominação e inferiorização da mulher.

No âmbito do Direito Penal e do processo criminal, esse conflito ganha contradições e contornos específicos, já que a dinâmica desse ramo do Direito é informada por seus próprios princípios e regras, como a legalidade, taxatividade, *in dubio pro reo*, presunção de inocência, proporcionalidade penal, entre outros.

Não se ignoram as dificuldades que a mudança proposta pode suscitar, já que aspectos como a prova da ocorrência do crime continuarão sendo motivo de disputa nas narrativas dos casos. Além disso, sem a exigência de violência ou grave ameaça como elementar típica, o crime de estupro se vincularia essencialmente a um fator subjetivo e interno que é o consentimento. Essa parece ser a perspectiva adequada para a tutela da dignidade sexual, mas ainda conflituosa no processo criminal.

O avanço nos debates em torno dos crimes sexuais e da violência contra a mulher, de modo mais amplo, e a sensibilização de juízes e tribunais brasileiros são alguns dos caminhos necessários a serem trilhados, sem os quais qualquer discussão doutrinária e jurisprudencial parecerá inócua.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Lobby do Batom**: marco histórico no combate a discriminações. 2018. Ester Monteiro. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el Rey D. Philippe I.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Decima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o presente / por Candido Mendes de Almeida. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM. **A violência contra as mulheres é um problema de todos, diz especialista.** Entrevista com Adélia Moreira Pessoa. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5141/A+viol%C3%Aancia+contra+>>. Acesso em: 08 set. 2018.

BBC NEWS. **Nobel da Paz**: um chocante relato de Denis Mukwege, médico que venceu prêmio por luta contra estupros em guerras. 2018a. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45760996>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. **O caso de estupro coletivo que chocou a Espanha e está levando milhares para as ruas do país.** 2018b. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43944755>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018.** 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual#author>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

BRASIL DE FATO (São Paulo). **Lima Barreto, homenageado da Flip, escreveu crônica contra o feminicídio em 1915**: O texto "Não as matem" é parte da obra Vida Urbana, uma coletânea do autor publicada em 1953. 2017. Edição: Camila Rodrigues da Silva. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/06/23/lima-barreto-homenageado-da-flip-escreveu-cronica-contra-o-feminicidio-em-1915/>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4559/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Coleção de Leis do Brasil de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Collecção das Leis do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria de Consolidação nº 4, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre os sistemas e os subsistemas do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 2017. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0004_03_10_2017.html>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Especial nº 1.275.114. Relator: Rogério Schietti Cruz. Agravante: T.L.F.; Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, DF, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800814915>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial nº 1.517. Relator: Jose Candido de Carvalho Filho. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná; Recorrido: João Lopes. Brasília, DF, 11 março 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22JOSE+CANDIDO+D+E+CARVALHO+FILHO%22%29.min.&processo=1517&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial nº 1.611.910. Relator: Rogério Schietti Cruz. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso; Recorrido: A.A.M.T. Brasília, DF, 11 out. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302492356&dt_publicacao=27/10/2016>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 106212. Relator: Marco Aurélio. Impetrante: Defensoria Pública da União; Paciente: Cedenir Balbe Bertolini. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASÍLIA. Instituto Legislativo Brasileiro. Senado Federal. **Curso**: Dialogando sobre a Lei Maria da Penha. 2017. Disponível em: <<https://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **O assédio sexual na reforma dos crimes sexuais na Alemanha**: repensando a escolha brasileira. Boletim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 291, fev. 2017.

CARNEIRO, Laura. PROJETO DE LEI Nº 5.452, DE 2016: Acrescenta os arts. 218 - C e 225 - A ao Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7A14FF>

2414DDE3C53942EF9181ADA6C0.proposicoesWebExterno1?codteor=1594703&filenome=Tramitacao-PL+5452/2016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CERQUEIRA, D. R. C. *et al.* **Atlas da Violência 2018**. Relatório. Ipea e FBSP. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2018/>>. Acesso em: 08 set. 2018.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo; FERREIRA, Helder. **Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/estupro-no-brasil-vitimas-autores-fatores-situacionais-e-evolucao-das-notificacoes-no-sistema-de-saude-entre-2011-e-2014/>>. Acesso em: 08 set. 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Participando do Debate sobre Mulher e Violência**. In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*, São Paulo, Zahar Editores, 1985.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Estados Unidos da América). Organização dos Estados Americanos. **O que é a CIDH? Breve história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**. 2001. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18: Introduce mudanças nos crimes contra a dignidade sexual**. 2018. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

_____. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM. 2017a. 992p.

_____. **O caso do ônibus em SP e eventual crime contra a dignidade sexual da passageira**. 2017b. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/01/o-caso-onibus-em-sp-e-eventual-crime-contra-dignidade-sexual-da-passageira/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ENGEL, Magali Gouveia. **Lima Barreto foi uma das primeiras vozes a se opor contra 'matadores de mulheres'**: escritor denunciou o feminicídio em crônicas nos jornais de sua época. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/livros/lima-barreto-foi-uma-das-primeiras-vozes-se-opor-contra-matadores-de-mulheres-21616056>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte especial (arts. 121 a 234-B)**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2 v.

GOMES, Maria Cecília Oliveira. **Revenge Porn e Sexting**: parâmetros da pornografia virtual. 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/03/28/revenge-porn-e-sexting-parametros-da-pornografia-virtual/>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015: Acrescenta o art. 225- A ao Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777125&ts=1539781702041&disposition=inline>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

_____. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=295D01AC83BA4DC34B611AE5928481B3.node2?codteor=1139519&filename=Avulso+-PL+2100/1991>. Acesso em: 14 nov. 2018.

II SAMUEL. A Bíblia da Mulher: leitura, devocional, estudo. 2 ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009. Cap. 13, vers. 1-21, p. 534.

IBGE. **Estatísticas de Gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2018. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 38. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

IPEA. Nota Técnica. CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Ipea, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica_diest11.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de. **Sobre os delinquentes sexuais e o caso Diego Novais**: alvos fáceis da cólera punitivista. Boletim: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. p. 1. dez. 2017.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2003. 159 p.

MACHADO, Lia Zanotta. **Gênero**: um novo paradigma? Cadernos Pagu (11), Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 1998a, p.107-125. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwigneqjn9rdAhXCFJAKHQF7AgwQFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.biblioteca.digital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fdown%3D51204&usg=AOvVaw3pxvJwHggP5Z7H-SKc8Jg5>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. **Masculinidade, sexualidade e estupro:** as construções da virilidade. Cadernos Pagu (11), Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 1998b, p. 231-273. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUK EwjDqMj1wsXeAhWFQpAKHUFLCbgQFjAAegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.bibliotecadigital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fdown%3D51209&usg=AOvVaw1yc-_0FcEg6SuWfw36uUt5>. Acesso em: 08 set. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **Femicídios:** conceitos, tipos e cenários. Revista Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, set. 2017. Mensal. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

NACIONAL, Congresso. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: criada por meio do Requerimento nº 02, de 2003-CN, “com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”.** 2004. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/57649>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

O GLOBO. **Preso novamente, homem que ejaculou em passageira é autuado por estupro.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/preso-novamente-homem-que-ejaculou-em-passageira-autuado-por-estupro-21778244>>. Acesso em: 24 out. 2018.

PAIVA, Livia de Meira Lima; SABADELL, Ana Lucia. **O crime de estupro à luz da epistemologia feminista:** um estudo de casos no STF. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 110-155, jul. 2018. ISSN 2526-5180. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/64>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia. **A violência sexual:** a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 146. ano 26. p. 305-328. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6591697>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, v. 2:** parte especial, arts. 121 a 249. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Departamento de Taquigrafia e Estenotipia. **Manual de linguagem jurídico-judiciária.** 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012. 198 p. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/publicacoes/vocabulario_juridico/doc/manual_linguagem_juridico_judiciaria.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17. Ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

SADA, Lucas; ARAUJO, Roberta Moreira de; ARAUJO, Thiago. **O perigoso esforço criminalizador**: ainda sobre o caso do “estupro”. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/09/11/o-perigoso-esforco-criminalizador-ainda-sobre-o-caso-do-estupro/>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Lara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, 151 p. Disponível em: <<http://biblioteca-feminista.blogspot.com/2017/06/heleieth-saffiotti-genero-patriarcado-e.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. **Já se mete a colher em briga de marido e mulher**. São Paulo em Perspectiva 13 (4) p. 82-91, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/obras-digitalizadas/questoes_de_genero/saffiotti_heleieth_-_o_poder_do_macho.pdf>. Acesso em: 08 set. 2018.

SANTOS, Cecilia Mackdoell; IZUMINO, Wania Pasinato. **Violência Contra as Mulheres e Violência de Gênero**: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. In E.I.A.L Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe, da Universidade de Tel Aviv, 2005.

SÃO PAULO. Foro Central Criminal Barra Funda. Processo nº 0076565-59.2017.8.26.0050. Auto de Prisão em Flagrante – Estupro. Autor: Justiça Pública; Indiciado: Diego Ferreira de Novais. São Paulo, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ejaculacao-em-onibus-nao-configura-estupro-afirma-juiz>>. Acesso em: 08 set. 2018.

SCOTT, Joan. **Gender: A Useful Category of Historical Analysis**. In: Gender and the Politics of History. New York, Columbia University Press, 1988.

SEMÍRAMIS, Cynthia. **Sobre a cultura do estupro**. 2013. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/sobre-a-cultura-do-estupro-por-cynthia-semiramis/>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; BRITO, Daniel Chaves de; BARP, Wilson José. **Violência Doméstica**: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. Teoria & Pesquisa: Revista de Ciências Sociais, São Carlos, v. 18, n. 1, p. 61-82, 2009. Quadrimestral. Disponível em:

<<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view%20File/161/137>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

THE TELEGRAPH. **Irish protests after teenager's thong used to suggest consent in rape trial.** 2018. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/11/14/irish-protests-cry-underwear-not-consent-teenagers-thong-used/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

TOMA, Maristela. **A pena de degredo e a construção do Império colonial português.** Revista Métiis: história & cultura, Caxias do Sul, RS, v. 5, n. 10, p. 437-443, jul./dez. 2006. Semestral. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/cedope/files/2011/12/A-pena-de-degredo-e-a-constru%C3%A7%C3%A3o-do-imp%C3%A9rio-colonial-Maristela-Toma.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015 – Homicídios de Mulheres no Brasil.** Brasília – DF – 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

XIMENES, Julia Maurmann; ROSA MENDES, Soraia da; CHIA, Rodrigo. **E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 130. ano 25. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, abr. 2017.