

**DIREIUNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

ADRIELY LUCE DO NASCIMENTO GOMES

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER NOS ESPAÇOS PÚBLICOS: uma
avaliação jurídica das ações do Judiciário e Legislativo**



São Luís

2018

ADRIELY LUCE DO NASCIMENTO GOMES

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER NOS ESPAÇOS PÚBLICOS: uma
avaliação jurídica das ações do Judiciário e Legislativo**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Márcia Haydée Porto
de Carvalho

São Luís

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Nascimento Gomes, Adriely Luce.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER NOS ESPAÇOS PÚBLICOS :

uma avaliação jurídica das ações do Judiciário e Legislativo / Adriely Luce

Nascimento Gomes. - 2018.

99 p.

Orientador(a): Márcia Haydée Porto de Carvalho. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade

Federal do Maranhão, UFMA- São Luis- MA, 2018.

1. Ato libidinoso. 2. Espaço público. 3. Violência sexual.
I. Porto de Carvalho, Márcia Haydée. II. Título.

ADRIELY LUCE DO NASCIMENTO GOMES

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER NOS ESPAÇOS PÚBLICOS: uma
avaliação jurídica das ações do Judiciário e Legislativo**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: ____/____/____, às ____:____ horas

Nota:_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Márcia Haydée Porto de Carvalho
Orientadora

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

Dedico este trabalho a Deus, luz dos meus caminhos, e a toda a minha família que é minha fonte de amor e o meu suporte.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata a Deus por nunca ter desistido de mim e por ter sido o meu refúgio, minha força e esperança.

Sou grata à minha mãe por todo o amor, cuidado e apoio e por ter sido o meu alicerce desde o início da minha jornada, dando-me forças e ajudando no que fosse possível para que eu conseguisse vivenciar e concluir esse ciclo. Obrigada mãe, eu te amo muito e peço desculpas por tantas vezes em que estive ausente por conta da graduação.

Agradeço imensamente à minha tia Augusta por sempre acreditar em mim, por tirar tantas vezes do próprio bolso para que eu pudesse tirar minhas xerox, ir à UFMA ou ter o que vestir. Eu amo muito a senhora tia, obrigada demais por todo esse carinho e dedicação.

Sou grata a meu querido tio Domingos que me acolheu como sobrinha e tantas vezes foi quem me trazia livros, materiais, além de carinho e apoio preocupando-se sempre comigo.

Sou grata a minha tia Emilia por ser essa mulher doce e maravilhosa que tantas vezes me deu palavras de conforto e que logo que soube que fui aprovada comprou-me o primeiro livro para a graduação. Agradeço também a minha querida vó Joana que é a mulher que ilumina toda a minha família. Agradeço aos meus irmãos Adryeny e Jorginho e aos demais familiares por todo o apoio e pelas vibrações positivas em minhas vitórias.

Agradeço a todos os meus amigos, que me incentivaram nessa jornada, em especial a minha amiga Alexandra que acompanhou de perto todas as minhas angústias e também todas as vitórias desde o início, sempre me dando inúmeras provas de amizade verdadeira. Saiba que eu te amo muito amiga, muito obrigada por toda a força.

Ao Mauro, a quem tive a honra de conhecer na graduação, e que fez esse percurso bem mais feliz, sendo um amigo para todas as horas e compartilhando comigo as alegrias e tristezas do Direito e da vida. Agradeço a minha querida amiga Edmary por ser essa pessoa maravilhosa e por ter compartilhado comigo a trajetória da graduação com muitos sorrisos e companheirismo.

Gostaria de agradecer aos meus queridos amigos do curso, em especial a minha turma 187 que possui pessoas incríveis as quais tenho profunda admiração. Sou grata aos amigos do NEDC pelas trocas de conhecimento e amizade. Sou grata aos meus amigos do

NUDECON por todo o companheirismo, pela força e pelo carinho, fui imensamente feliz em todo o período de estágio junto com vocês.

Sou muito grata ao Luciano, meu querido amigo que acompanhou parte dessa jornada e tantas vezes me deu muita força e apoio. Agradeço, também, a minha amiga Nyanne que tantas vezes me deu apoio e aguentou minhas ausências.

Sou imensamente grata à Professora Márcia Haydée Porto de Carvalho, minha orientadora, por acreditar em meu potencial e me apoiar nesse trabalho, e por sua paciência, elogios e críticas.

Por fim, agradeço pelos membros da minha banca examinadora, por ser formada por juristas reconhecidos pelo seu trabalho e pelo seu comprometimento com a justiça e a Democracia.

*“Meninas são bruxas e fadas
Palhaço é um homem todo pintado de piadas!
Céu azul é o telhado do mundo inteiro*

*Sonho é uma coisa que fica dentro do meu
travesseiro!
Mas eu não sei na verdade quem eu sou!
Já tentei calcular o meu valor
Mas sempre encontro o sorriso e o meu
paraíso é onde estou
Eu não sei na verdade quem eu sou!”*

RESUMO

O presente trabalho objetiva avaliar como o Judiciário e o Legislativo têm se comportado diante das demandas de violência sexual nos espaços públicos. Para tanto, recorreu-se à análise bibliográfica e jurisprudencial a fim de verificar quais tipos penais têm sido apontados como adequados ou se seria necessário a criação de um tipo penal intermediário para caracterizar aqueles que abusam sexualmente de pessoas nos espaços públicos. Foi traçado um panorama histórico sobre a condição feminina no ocidente, logo após, uma contextualização dos casos de violência sexual no Brasil. Por fim, desenvolveu-se uma avaliação das alternativas apontadas pela doutrina e jurisprudência pátria relacionando-as com a violência de gênero. Percebeu-se que a doutrina aponta a inexistência de uma gradação entre os tipos de atos libidinosos mais graves ou menos graves, fato que no caso concreto tem sido determinado de acordo com a subjetividade do juiz. A doutrina e a jurisprudência têm apontado que atos libidinosos menos graves não devem ser enquadrados como estupro simples por violarem a proporcionalidade e apontam a necessidade de um tipo penal intermediário. O PL 5452/2016 do Senado visa a criação do delito de Importunação sexual. O problema carece também de medidas que visem a reeducação do agressor.

Palavras- chave: Violência sexual. Espaço público. Ato libidinoso.

ABSTRACT

The present study aims to evaluate how the Judiciary and the Legislative have behaved in response to the demands of sexual violence in public spaces. In order to do so, we used bibliographical and jurisprudential analysis to verify which criminal types have been identified as adequate or whether it would be necessary to create an intermediate criminal type to characterize those who sexually abuse people in public spaces. A historical overview of the situation of women in the West was drawn up, shortly afterwards, a contextualization of the cases of sexual violence in Brazil. Finally, an evaluation was made of the alternatives pointed out by doctrine and jurisprudence related to gender violence. It was noticed that the doctrine points out the absence of a gradation between the types of more serious or less serious libidinous acts, fact that in the concrete case has been determined according to the subjectivity of the judge. The doctrine and jurisprudence have pointed out that less serious libidinous acts should not be classified as simple rape because they violate proportionality and point to the need for an intermediate criminal type. The Senate's PL 5452/2016 aims at creating the offense of sexual Impor- tation. The problem also needs measures to re-educate the aggressor.

Keywords: Sexual violence. Public place. Libidinous act.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
FLACSO	Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais
LCP	Lei das Contravenções Penais (p. 44)
NAMVID	Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica
ONG	Organização Não Governamental
PCdoB/AM	Partido Comunista do Brasil do Amazonas
PGJ	Procuradoria Geral de Justiça
PL	Projeto de Lei
PMDB/SP São Paulo	Partido do Movimento Democrático Brasileiro - Diretório Estadual de São Paulo
RJ	Rio de Janeiro
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJ-GO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ-MS	Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
TJ-PI	Tribunal de Justiça do Piauí
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ-SC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	BREVE HISTÓRICO DA CONDIÇÃO FEMININA NO OCIDENTE	14
2.1	As sociedades primitivas e o papel da mulher	14
2.2	As mulheres na Idade Média e a influência do cristianismo	177
2.3	O advento da Revolução Industrial e as mulheres operárias	18
2.4	A mulher no espaço privado – a família patriarcal.....	20
2.5	A eclosão do Movimento Feminista e a discussão sobre gênero.....	22
2.6	A condição feminina no Brasil e a forte influência feminista	25
3	A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE PÚBLICO – AS BRASILEIRAS E A VIOLÊNCIA SEXUAL	27
3.1	As notificações de violência sexual.....	27
3.2	Os vagões rosa e a tolerância aos casos de violência sexual.....	30
3.3	Páginas na internet que incitam a violência sexual e propagam casos reais.....	31
4	DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - O ESTUPRO E A VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE E A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR	34
4.1	A noção de bem jurídico e as principais alterações no Título VI, Capítulo I, do CP	34
4.2	Da dignidade da pessoa humana e a liberdade e dignidade sexual.....	35
4.3	Princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade ou lesividade.....	37
4.4	Princípios da proporcionalidade, proporcionalidade das penas e pena necessária	38
4.5	O crime de Estupro (art. 213 do CP)	38
4.5.1	Da conduta de constranger à conjunção carnal	40
4.5.2	Consumação e tentativa – o emprego de violência ou grave ameaça.....	41
4.5.3	do elemento normativo ato libidinoso e a problematização com os recentes casos noticiados pela mídia.....	43
4.6	Do Estupro de vulnerável (Art. 217-A do CP, Capítulo II) - estrutura típica	49

4.6.1	A hipótese prevista no parágrafo primeiro do art. 217-A poderia ser aplicada aos casos de violência sexual sem conjunção carnal?	50
4.7	Do crime de Violação Sexual Mediante Fraude (Art. 215 do CP)	52
4.8	Da contravenção penal de Importunação Ofensiva ao Pudor.....	55
5	A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E OS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL MEDIANTE A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS.....	57
5.1	Da possibilidade de um tipo penal intermediário	69
5.2	Do conceito de violência exigido pelos tipos penais e sua relação com a violência de gênero	76
5.3	O mito do homem incontrolável e da mulher sedutora - propostas de intervenção nos casos de violência sexual	79
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
	REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema social que se manifesta de diversas formas e em diferentes contextos e classes sociais. Desde o ambiente doméstico ao espaço público, as mulheres cotidianamente estão sujeitas a situações de violência física, psicológica, institucional dentre outras.

Nesse cenário, o Brasil ocupa uma posição preocupante na medida em que possui um histórico altamente opressor às mulheres e retardatário no que tange à implementação de políticas públicas e medidas legais de proteção a este grupo vulnerável. Ademais, muito preocupa o fato de que, hordienamente, figure como o quinto país com o maior índice de homicídios femininos, em um ranking de 83 nações, segundo aponta o Mapa da Violência de 2015 realizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO).

Dentro desse contexto, a violência sexual é uma das mais temidas, perdendo, por vezes, apenas para o homicídio justificada pela própria natureza do delito. São muitos os casos de violações sexuais, mediante toques não consentidos, violência verbal, dentre outros que obrigam as mulheres a adotarem comportamentos de autoproteção, acrescentando a suas rotinas cuidados extras que visem afastar o perigo.

O medo de andar sozinha, o receio de saídas noturnas, de vestir-se com roupa x ou y ou até mesmo de recusar propostas de emprego ou estudo são algumas das medidas adotadas no intuito de evitar serem as próximas vítimas. Contudo, essas circunstâncias, na prática, revelam verdadeiras situações de violações de direitos onde as mulheres terminam impedidas de exercerem plenamente sua cidadania.

A legislação brasileira por muito tempo deu sustentação à concepção de que às mulheres, caberia apenas o ambiente doméstico, onde “reinariam” condicionadas à subserviência ao marido e à família. E essa concepção ainda é muito presente, tanto que, mesmo com a entrada das mulheres no mercado de trabalho e diante de inúmeros avanços, ainda hoje existem barreiras contra a permanência delas no espaço público e em diversos outros setores sociais.

E é justamente dentro desse contexto, que a violência sexual, aqui compreendida como qualquer conduta que atinja a sexualidade, o corpo e a dignidade da mulher surge como um problema bastante pertinente. Protagonizado principalmente no espaço público, seja dos coletivos, dos metrô ou nas ruas ela tem sido pauta nos coletivos feministas, na mídia e também para os operadores do direito.

Para fins de ilustrar como esse problema tem repercutido, menciona-se um dos casos que mais ganhou notoriedade, que foi o ocorrido em agosto de 2017, na cidade de São Paulo, onde um homem ejaculou no pescoço de uma mulher dentro de um ônibus na Avenida Paulista. O mesmo agressor, na mesma semana, também atacou outra mulher esfregando o seu pênis na mesma.

Na decisão, referente ao fato de 2017, o juiz liberou o acusado sob a justificativa de que o agressor não causou constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça. O fundamento utilizado pelo magistrado trouxe à tona o debate em torno da necessidade de se esclarecer os tipos penais que podem abranger essas condutas, quais seriam as penalidades previstas ou se seria melhor a criação de um novo tipo penal.

Face às reivindicações feministas e com a crescente repercussão trazida pelos casos noticiados pela mídia nos últimos anos, percebeu-se que há uma necessidade de se promover um debate acerca desses comportamentos criminosos e seus reflexos para o ordenamento, principalmente diante da séria divergência entre os juízes quanto à tipificação a ser adotada. Por vezes, as condutas são enquadradas como importunação ofensiva ao pudor, estupro ou violação sexual mediante fraude.

Diante desses questionamentos, a presente monografia visa, em um primeiro momento, abordar um pouco da história das mulheres no Ocidente revelando regras e exigências sociais que até os dias atuais influenciam a vida de milhares de mulheres. A partir disso buscar-se-á expor as transformações e movimentos sociais que foram ponto de partida nas reivindicações dos direitos das mulheres, tais como o feminismo e sua influência no Brasil.

Após apreender como se deu essa construção social e como ela carrega aspectos que contribuem para a violência contra a mulher, será demonstrada a pertinência da problemática da violência sexual no Brasil, onde será exposto como as brasileiras têm percebido esse tipo de violência e qual tem sido os perfis das principais vítimas.

Para melhor compreender esse processo, será debatido à luz da doutrina as elementares dos delitos de estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude e da importunação ofensiva ao pudor com vistas a discutir os principais entraves atinentes a escolha do enquadramento legal. Em continuidade passa-se ao Judiciário com a finalidade de avaliar como tem se comportado diante das demandas de violência sexual, identificando para tanto como a jurisprudência tem avaliado os casos de violência sexual e quais fundamentos têm preponderado nas decisões.

Por fim serão discutidos os fatores que têm dado causa a constância desses crimes, qual tem sido o posicionamento do Legislativo quanto à temática e principalmente serão

expostas formas de intervenção para lidar com o problema da violência sexual contra o gênero feminino. A avaliação terá como parâmetro os princípios que regem o Direito Penal com enfoque na dignidade da pessoa humana e na liberdade e dignidade sexual. O método de procedimento será o descritivo-exploratório, e a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial tendo como objeto de pesquisa a verificação da necessidade ou não de criação de um novo tipo penal para caracterizar aqueles que abusam sexualmente de pessoas nos espaços públicos.

2 BREVE HISTÓRICO DA CONDIÇÃO FEMININA NO OCIDENTE

Antes de compreender o atual problema da tipificação dos casos de violência sexual ocorridos no ambiente público, objeto do debate que se propõe o presente estudo, é essencial conhecer o processo de legitimação da violência contra a mulher na história ocidental.

A partir desta perspectiva, buscar-se-á delimitar as influências e implicações práticas que tais fatores geraram na naturalização de condutas que violam os direitos das mulheres. Posteriormente, objetivar-se-á delimitar este processo sob o viés da sociedade brasileira com a finalidade de esclarecer as prováveis origens e razões da permanência de tais abusos.

2.1 As sociedades primitivas e o papel da mulher

A violência e dominação perpetrada contra a mulher possuem origens antigas, “calcula-se que o homem haja estabelecido seu domínio sobre a mulher há cerca de seis milênios” (SAFFIOTI, 1987, p. 47). Nos primeiros grupos e clãs, as mulheres usufruíam de um determinado prestígio, visto que apenas elas detinham a certeza do vínculo genético com os filhos, pois os homens viviam de forma promíscua, relacionando-se com várias mulheres e o reconhecimento da linhagem estava condicionada ao direito materno (ENGELS, 1981, p. 59).

Em uma primeira leitura, pode-se imaginar que houve matriarcado (que seria o domínio da mulher sobre o homem), entretanto “O que se pode dizer é que foi um mundo com organização social diversa, o que é lógico, no qual parece que não existia essa polarização macho-fêmea” (MONTEIRO, 2008, p. 17).

Na aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. (...) os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava perecia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres. (ALAMBERT, 2004, p. 27)

Nessa divisão inicial do trabalho para sobrevivência “a mulher (...) trabalhava a terra, domesticava animais, cuidava das crianças, velhos e doentes, além de criar vasilhames, utilizar o fogo, enquanto o homem ia à caça de alimentos” (ALAMBERT, 2004, p. 27). Contudo, uma vez que, ambos necessitavam da “parceria” para a própria sobrevivência, encontravam-se todos tecnicamente equilibrados em termos de responsabilidades. Não havia,

deste modo, uma divisão rígida de papéis, tampouco dos papéis sociais, as sociedades eram coletivistas e nômades e nas tarefas envolviam-se igualmente (NARVAZ, 2005, p. 20).

Por outro lado, muitas estatuetas que remetiam à figura feminina e à maternidade foram encontradas em escavações bem mais recentes na região dos Balcãs e Oriente Médio, tais achados fizeram com que muitos historiadores questionassem parte da história androcêntrica¹, fazendo inclusive muitos atestarem a existência de uma religião ginocêntrica² neste período (EISLER, 1989, p. 29).

Contudo, é necessário ressaltar que as particularidades físicas das mulheres, tais como a gravidez, a menstruação e o parto terminavam por diminuir a sua capacidade laborativa. Assim, raramente tornavam-se guerreiras ou eram chamadas a participar junto aos homens. Tais fatores as impediam de exercer outras atividades, em decorrência dos longos períodos de impotência. Ademais, o fator força física nesse estágio inicial era significativo e nesse aspecto é bem provável que homens estivessem favorecidos (BEAUVOIR, 1970, p.82).

Muitos autores acreditam, inclusive, que a “vontade de dominar a natureza que levou o homem a dominar a mulher” (BOFF; MURARO, 2002, p. 54), haja vista que a relação das mulheres com o aspecto do lar, do plantio, da colheita e também da maternidade concediam-lhe uma aura de divindade e poder.

Desta maneira, a ausência de meios contraceptivos, de ferramentas e técnicas que multiplicassem a quantidade de alimentos e onde a caça, a pesca e a coleta por vezes não eram suficientes, a mulher terminava impedida de participar da obtenção dos recursos, principalmente da caça. Por sua vez, o homem sustentava o equilíbrio tanto da reprodução quanto da produção. Não conseguia a mulher ter uma vida em face a do macho procriador (BEAUVOIR, 1970, p. 82).

No entanto, eis que se operaram mudanças nesse cenário, pois o homem passou a adquirir maior riqueza com a expansão das técnicas e assim aumentou o seu prestígio. Este fato possibilitou-lhe uma posição mais importante que a da mulher na família, o que fez com que se valesse dessas circunstâncias para modificar em seu proveito e de seus filhos, a ordem da herança estabelecida, que como já mencionado dava-se com base no direito materno (ENGELS, 1981, p. 59).

Sob a perspectiva de Engels (1981), o surgimento da propriedade privada implicou ao homem a posse dos escravos, da terra e também da mulher, e esta teria sido “a grande derrota histórica do sexo feminino” pois a partir daí a mulher passou a ser mero objeto da reprodução

¹ Que possui como centro o homem.

² Que possui como ideia nuclear a mulher.

e luxúria do homem. Por sua vez, outros autores contestam essa informação, pois acreditam que a opressão da mulher não pode ser deduzida a partir do surgimento da propriedade privada. (ENGELS, 1981, p. 61)

Em verdade, as mulheres nunca opuseram valores femininos aos valores masculinos; foram os homens, desejosos de manter as prerrogativas masculinas, que inventaram essa divisão: entenderam criar um campo de domínio feminino — reinado da vida, da imanência — tão-somente para nele encerrar a mulher (...) O que elas reivindicam hoje é serem reconhecidas como existentes ao mesmo título que os homens e não de sujeitar a existência à vida, o homem à sua animalidade. (BEAUVOIR, 1970, p. 85, grifo nosso).

É nesse contexto, segundo a autora, que a figura do homem se sobressaiu, pois o prestígio dos seus feitos rendia-lhe também o domínio sobre os seus, aqui incluídas as mulheres para as quais inventaram um campo de domínio feminino onde encerraram a mulher. “A maior maldição que pesa sobre a mulher é estar excluída das expedições guerreiras. Não é dando a vida, é arriscando-a que o homem se ergue acima do animal” (BEAUVOIR, 1970, p. 84).

Mesmo nas sociedades em que as mulheres passavam por treinamentos militares, tal prerrogativa tinha a finalidade de as tornarem fortes para exercerem da melhor maneira a maternidade. Como exemplo, podem-se citar as espartanas, para as quais os exercícios físicos possuíam a finalidade de as tornarem mães robustas, fortes e viris (GIORDANE, 1972, p. 28).

Ademais, em diversas culturas elas pareciam ter para com os homens os mesmos poderes e prestígios, contudo essa é uma visão apressada na medida em que não havia reciprocidade entre os sexos. A mulher não foi tratada como um semelhante, em nenhum momento da história, mas como uma categoria subalterna à figura masculina (BEAUVOIR, 1970, p. 90).

No entanto, através dos estudos das primeiras sociedades humanas foi possível detectar e comprovar que a mulher não nasceu oprimida, mas que foi tornada oprimida à medida em que a própria sociedade na divisão do trabalho definia papéis distintos, com fundamentos de ordem econômica principalmente (TOLEDO, 2008, p. 25).

Ressalte-se que a própria existência de rainhas e princesas em nada mudava a vida das mulheres dessa mesma época, por vezes sequer melhorava as suas próprias, “a presença de uma mulher-chefe, de uma rainha à frente de uma tribo não significa, em absoluto, que as mulheres sejam nestas soberanas; o advento de Catarina da Rússia em nada melhorou a sorte das camponesas russas” (BEAUVOIR, 1970, p. 92).

2.2 As mulheres na Idade Média e a influência do cristianismo

Com o surgimento das invasões bárbaras e a mistura de diversos povos e culturas, novos modelos de comportamentos foram formados. O cristianismo teve um papel determinante pois a Igreja “inculca (ou inculcava) explicitamente uma moral familiarista, completamente dominada pelos valores patriarcais e principalmente pelo dogma da inata inferioridade das mulheres” (BOURDIEU, 2012, p. 103).

A forte ideologia cristã alicerçou o casamento no regime da fidelidade recíproca onde a esposa devia ser totalmente subordinada ao esposo sob a justificativa dele ser a própria representação da autoridade. Havia, portanto, uma repressão direta à sexualidade feminina. Nessa perspectiva a ideia de inferioridade, irracionalidade e pecado foram somadas às características ditas como próprias das mulheres (ARAÚJO, 2006, p. 45).

Havia, portanto, uma visão polarizada do corpo feminino, de um lado a relação com a procriação, fecundidade e castidade (aqui relacionada diretamente com a figura de “Maria”) e de outro, uma visão negativa fortalecida pela ideia do corpo feminino como um “mal” encarnado na prostituição, luxúria e pecado (ROIZ, 2009, p. 408). Nesse cenário “A família era monógama, o adultério severamente punido e o casamento respeitado. A mulher permanecia sempre sob tutela, mas era estreitamente associada ao esposo” (BEAUVOIR, 1970, p. 119).

Essas características operaram por muito tempo como inibidor de toda e qualquer possibilidade de independência e autonomia da mulher e se refletiu, por exemplo, na exigência da virgindade, do uso de roupas que pouco mostrassem o corpo, e na própria forma de se portar.

Percebe-se, portanto, que papel da mulher era semelhante ao de uma propriedade do homem, onde no máximo lhe eram outorgados direitos sobre o lar e sobre os filhos, contudo se exigia que estivesse sob a tutela de um marido, de um pai ou irmão. A sua simples existência não lhe parecia bastar para o exercício de direitos.

No feudalismo, dentro dos limites do casamento, o marido podia exercer inúmeras prerrogativas mesmo que isso implicasse castigo físico e a constante fiscalização de suas condutas, relações ou correspondências (REIS, 1985).

Não muito diferente das sociedades antecedentes, o feudalismo foi um sistema bastante opressor às mulheres na medida em que as mesmas estavam comparadas a bens manejáveis pelos maridos, ou demais tutores. A elas, pouco havia de direitos ou quaisquer tipo de proteção, eram as mulheres consideradas incapazes e meros objetos em posse de seus esposos ou pais.

2.3 O advento da Revolução Industrial e as mulheres operárias

Seguindo parâmetros não muito distintos das sociedades primitivas, os séculos XVI, XVII e XVIII também tiveram em seu bojo a perpetuação de comportamentos e cobranças sociais que impuseram às mulheres constantes privações de direitos e seu confinamento ao ambiente doméstico, “Ainda hoje é entre os ricos proprietários fundiários que subsiste a família patriarcal; quanto mais poderoso se sente o homem, social e economicamente, mais se vale da autoridade do pater famílias” (BEAUVOIR, 1970, p. 125).

Já no final do século XIX e início do século XX com o apogeu da Revolução Industrial, nos países que se industrializavam o trabalho nas fábricas era realizado tanto por homens, quanto mulheres e crianças. Se por um lado, a produção ventilava enormes lucros aos burgueses, de outro as camadas trabalhadoras despendiam de 12 a 14 horas de trabalho diários em semanas de seis dias completos que frequentemente incluíam manhãs de domingo. Neste cenário, os salários eram extremamente baixos, as condições de trabalho eram desumanas e todas as reivindicações eram tratadas como desleixo ou afronta (CHEVALIER, 1984).

A Revolução Industrial trouxe consigo inúmeras mudanças sociais, na medida em que alterou não só a vida de milhares de famílias e suas rotinas, mas a sua própria localização geográfica, gerando também um crescimento urbano exponencial. Nesse cenário, o homem chefe de família, que antes sozinho conseguia custear o sustento de todos, passou a precisar empregar todo o núcleo familiar para conseguirem juntos sobreviver ao caos urbano. Houve uma substituição do trabalho artesanal pelo enorme arcabouço maquinário.

Por outro lado, a mulher que originalmente já era detentora das funções do lar, ficou incumbida, também, do trabalho nas fábricas, de modo que sequer os seus filhos estavam imunes à exploração. O desejo de lucro dos capitalistas não enxergava nenhuma responsabilidade em garantir, aos explorados, condições dignas de trabalho ou que excluísse o trabalho infantil.

Marx (1989, p. 449) enfatizou bem esta visão exploratória ao discutir que “(...) a primeira preocupação do capitalista ao empregar a maquinaria, foi a de utilizar o trabalho das mulheres e das crianças”, para este autor houve sobretudo uma mecanização que desqualificou o trabalho pois entendia-se que diante do agrupamento de funções operadas pelas máquinas, bastava qualquer um que tivesse o mínimo de habilidade para efetuar os demais afazeres.

Diante das explorações, os trabalhadores não se mantiveram inertes e realizaram diversas manifestações nas quais clamavam melhores condições de trabalho. Dentre as exigências cobravam também a redução da jornada de trabalho e o fim do trabalho infantil.

Contudo, essas reivindicações voltavam-se primordialmente ao trabalho masculino, de modo que não havia nenhuma preocupação em fazer com que as mulheres recebessem salários iguais aos dos homens, conforme a seguir se expõe:

A cada conquista, o movimento operário iniciava outra fase de reivindicações, mas em nenhum momento, até por volta de 1960, a luta sindical teve o objetivo de que homens e mulheres recebessem salários iguais, pelas mesmas tarefas. As trabalhadoras participavam das lutas gerais mas, quando se tratava de igualdade salarial, não eram consideradas. Alegava-se que as demandas das mulheres afetariam a “luta geral”, prejudicariam o salário dos homens afinal as mulheres apenas “completavam” o salário masculino. (CHOMBART DE LAUWE, 1963, grifo nosso)

No cenário da Revolução Industrial, o salário das mulheres era menor, independentemente de as condições serem as mesmas. Essa ausência de preocupação com as trabalhadoras foi também umas das causas do estopim para o surgimento do movimento feminista que foi capaz de operar uma grande reviravolta na consciência e no papel da mulher não só como trabalhadora, mas principalmente como ser humano e cidadã.

A partir daí, surgiram diversas mulheres que buscaram a todo custo demonstrar a situação de exploração pelo qual a mulher passava tendo o seu trabalho dito como “inferior” pelas grandes indústrias, mas que era imensamente lucrativo pelo baixo custo de sua mão de obra. A concepção da mulher como ser inferior, tanto física quanto economicamente foi um fator determinante para legitimar sob o ponto de vista capitalista e masculino a desvalorização de sua mão de obra. Essa concepção levou milhares de mulheres e crianças a trabalharem duras jornadas de trabalho sem qualquer tipo de cuidado e recebendo migalhas em forma de pagamento.

O capitalismo ao promover a separação entre o local de trabalho e o lar, aliada à inovação tecnológica dos métodos produtivos e a propriedade privada dos meios de produção rompeu com a unidade produtiva centrada na família, **o que possibilitou a reconfiguração das atividades desenvolvidas pelas mulheres**, tanto no âmbito da produção quanto no da manutenção e reprodução familiar. **Nesse processo instituições como a família foram ressignificadas a partir da ideologia burguesa e a opressão das mulheres apresentou novos contornos.** (SOUZA, 2016, p. 15, grifo nosso)

Ademais, se por um lado existiam milhares de trabalhadoras sujeitas a péssimas condições de trabalho, de outro haviam as que inseridas em famílias ricas, acabavam adstritas ao lar, pois a estas o trabalho retirava o prestígio social, não era mais considerada mulher (LIPOVETSKY, 2009). Havia, portanto, uma repulsa à mulher trabalhadora que figurava, para aquela época, como oposição à chamada feminilidade e mesmo àquelas que possuíam posses

continuavam adstritas ao lar e não possuíam para com os homens, igualdade para o exercício de direitos (PERRO, 2005).

2.4 A mulher no espaço privado – a família patriarcal

A Revolução industrial operou uma mudança significativa na vida de milhares de mulheres. Somado à exploração vivenciada pelo trabalho, outro aspecto bastante revelador passou a ser transformado na esfera social: a transição da mulher entre os espaços público e privado.

Nas antigas cidades-estados havia uma acentuada separação entre a vida privada que era dominada pela família e a vida pública relacionada à política. O surgimento da esfera pública possivelmente ocorreu às custas da esfera privada da família e do lar. Nesse sentido, a polis seria a esfera da liberdade e a esfera privada seria marcada pela necessidade, onde a função do homem era a manutenção individual e a da mulher a sobrevivência da espécie (ARENDDT, 1997, p. 40).

A entrada na polis estava condicionada à vitória sobre as necessidades da vida, qual seja, a autonomia no seio da família e a chefia na esfera privada. Nesse contexto, quem obteve passe livre para a entrada na polis, ou seja, na esfera pública, fora o homem, pois era quem detinha os poderes sobre o lar, a mulher, os escravos e os filhos (ARENDDT, 1997, p. 41).

A polis diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer iguais, ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida, nem ao comando de outro e também não comandar. Assim dentro da família a liberdade não existia, pois, o chefe da família seu dominante, só era considerado livre na medida em que tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política. (ARENDDT, 1997, p. 41-42, grifo nosso)

Com a modernidade, houve uma ruptura, pois, algumas atividades que antes eram consideradas privadas se incorporaram à esfera pública e entre essas pode-se citar o trabalho. (MONTEIRO, 2008, p. 38). As mulheres estavam imersas nesse contexto, conforme já mencionado, formavam enormes contingentes de operárias. Desta forma, a sua entrada no ambiente de trabalho urbano foi a primeira ruptura no paradigma da diferenciação dos mundos pois foi o momento em que se deslocaram do ambiente doméstico para o interior das fábricas (OLIVEIRA, 1999, p. 43).

Formou-se a partir daí a esfera do social oriunda dessa transição entre o público e privado, “(...) a ascensão da administração caseira (...) do sombrio interior do lar para a luz da

esfera pública não apenas diluiu a antiga divisão entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos (...)” (ARENDR, 1997, p. 127).

Contudo, percebe-se aqui uma similitude com o que ocorria nas sociedades primitivas, pois as mulheres mesmo quando exerciam atividades iguais ou concomitantes aos dos homens e mesmo presentes nos espaços públicos, não eram reconhecidas e não adquiriram o mesmo prestígio e status alcançados por eles.

Operou-se dessa forma a entrada da mulher no mercado de trabalho atrelada a uma resistência e preconceito por parte da própria sociedade. “Essa mudança acabou provocando o afastamento do parâmetro preestabelecido, terreno fértil para conflitos” (DIAS, 2007, p. 17).

Diante desta narrativa, é possível perceber que mesmo diante do estigma que pairava sobre a figura da operária, houve uma ruptura, pois, as mulheres passaram a assumir funções distintas daquelas historicamente ensinadas como femininas e passaram a assumir funções semelhantes ou iguais às dos homens. No entanto, ainda tratadas como inferiores e desrespeitadas como cidadãs, haja vista que a sociedade não lhe permitia exercer integralmente sua cidadania, sua liberdade de trabalho e sua permanência no ambiente público.

(...) entendemos que o capitalismo incorporou o patriarcado como estruturante das relações sociais. Para isso, aprofundou a divisão sexual do trabalho, fortalecendo uma divisão entre uma esfera pública e outra privada, a primeira considerada o lugar onde se dá a produção e a segunda onde se dá a reprodução (CADERNOS: MARCHA MUNDIAL DAS MULHERES, 2006, p. 3)

Diante desta narrativa, compreende-se que tanto no ambiente público quanto no privado o homem foi originalmente colocado no domínio sobre todas as coisas, no poderio dos bens, das mulheres e das crianças.

Essa visão de dominação constituiu o patriarcado que nada mais é que “um regime que se ancora em uma maneira de os homens assegurarem para si mesmos e para seus dependentes, os meios diários para a produção e reprodução da vida” (SAFFIOTI, 2004, p. 105). Seria, portanto, “uma forma de dominação masculina disseminada nas diferentes instituições sociais, as quais atribuem ao homem o poder sob todas as formas, sobre todas as posses, incluindo as mulheres” (CASTRO; MACHADO, 2016, p. 27).

2.5 A eclosão do Movimento Feminista e a discussão sobre gênero

Diversos estudiosos tais como Rousseau (1712-1778) e Locke (1632-1704) justificaram a desigualdade entre homens e mulheres. Seus escritos acentuaram a realidade que tanto as subjugava e legitimaram dotando de cientificidade a opressão por elas sofrida. Tais autores pregavam a igualdade e a liberdade, contudo, esses direitos em suas concepções abrangiam somente os homens e não o gênero humano aí inclusos homens e mulheres. “A fim de provar a inferioridade da mulher, os antifeministas apelaram não somente para a religião, a filosofia e a teologia, como no passado, mas ainda para a ciência: biologia, psicologia experimental etc.” (BEAUVOIR, 1970, p. 17).

Frente a essas concepções distorcidas sobre o espaço da mulher e o “ser mulher”, surge a denominada primeira onda do feminismo a partir das últimas décadas do século XIX na Inglaterra, quando as mulheres se organizaram para lutar por seus direitos. As que tomaram a frente na reivindicação de direitos ficaram conhecidas como “sufragetes” e foram responsáveis por inúmeras manifestações realizadas em Londres. Nestas ocasiões, muitas foram presas e inclusive realizaram até mesmo greve de fome e/ou foram mortas. O direito ao voto somente foi conquistado no Reino Unido apenas em 1918 (PINTO, 2010, p. 15).

Outros historiadores, por sua vez, defendem que o feminismo na verdade tem sua origem na Revolução Francesa com o fervilhamento dos ideais de liberdade e igualdade, mas que o movimento foi se expandindo juntamente às lutas das trabalhadoras já no cerne da Revolução Industrial. As péssimas condições de trabalho foram um estopim para que o movimento tomasse uma proporção mais especificada e em prol das mulheres, pois é nessa ocasião que “Reivindicando seus direitos de cidadania frente aos obstáculos que o contrariam, o movimento feminista, na França, assume um discurso próprio, que afirma a especificidade da luta da mulher” (ALVES; PITANGUY, 1991, p. 32).

É também nesse contexto que é criado o texto “Os direitos da mulher e da cidadã” de autoria de Olympe de Gouges, escritora famosa por defender os direitos das mulheres. Em decorrência de milênios de opressão, o nascimento do feminismo logo enfrentou inúmeras barreiras. Questionar a ordem até então estabelecida pelos homens era semelhante a decretar a sua própria condenação visto que as sociedades haviam consolidado a ideia de controle e domínio dos homens sobre as mulheres.

De acordo com Humm (1990), a história do feminismo pode ser dividida em três “ondas” sendo a primeira no século XIX e início do século XX; a segunda, nas décadas de 1960

e 1970; e a terceira, na década de 1990 estendendo-se até os dias atuais. Mas o que vem a ser esse movimento e quais mudanças ele trouxe na concepção do feminino e na vida das mulheres?

O feminismo é um movimento social, filosófico e político que busca a igualdade entre os sexos, mediante o qual as mulheres buscam libertar-se da opressão fundamentada no gênero, usando para tanto, do empoderamento da mulher como indivíduo, como cidadã, dona de si (CASTRO; MACHADO; 2016, p. 28).

Foi com a expansão das ideias feministas que a naturalização do “feminino” passou a ser questionada e a partir daí alguns pensamentos se voltaram para a compreensão da ideia do gênero. Sob essa perspectiva “o conceito de gênero, é usado para explicar as diferenças construídas entre homens e mulheres, refutando a justificativa de que essas diferenças são sempre biológicas e, portanto, naturais” (CAMPAGNOLI, 2003, p. 147).

A sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; **o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana** “ (BEAUVOIR, 1970, p. 57, grifo nosso)

A discussão sobre gênero possibilitou uma quebra dos paradigmas até então atrelados à figura feminina e foi a partir daí que inúmeras pensadoras feministas passaram a questionar o “ser mulher” e suas implicações. Buscaram, pois, esclarecer por que esta categorização por sexo impedia a mulher de alcançar sua posição como cidadã e, portanto, de sujeito de direitos. Segundo Lamas (2002) o conceito de gênero começou a ser utilizado nas ciências sociais como categoria a partir da década de 1970.

Nessa perspectiva, a autora Simone de Beauvoir, ilustre pensadora feminista do século XX contribuiu sobremaneira para as ideias centrais do movimento principalmente ao defender que “não se nasce mulher, torna-se”. Para esta pensadora, “não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que ele se valoriza” (BEAUVOIR, 1970, p. 56).

Ou seja, a sociedade coloca a mulher em condição de inferioridade na medida em que restringe a sua existência ao seu órgão sexual, à sua anatomia e transmite desde muito cedo às meninas comportamentos ditos “naturais”.

Nesse sentido, o século XX é um marco para as mulheres, porque elas passam a tomar a palavra e o controle de suas identidades visuais, “sublinhando o desafio político da

representação, elas tentam quebrar os estereótipos, propõem múltiplas vias de realização pessoal ” (DUBY; PERROT, 1991, p. 11).

Com a tecnologia e o avanço da medicina (o que trouxe aspectos positivos para a saúde e conseqüentemente para a longevidade) o século XX foi capaz de transformar o modo de vida trazendo à sociedade uma nova forma de lidar com a urbanização e com o consumo de bens e serviços. Para as mulheres houve uma transformação na esfera doméstica e na maternidade, passando a mesma a participar mais da vida social (DUBY; PERROT, 1991, p. 16).

O movimento feminista surge com toda a força, e as mulheres pela primeira vez falam diretamente sobre a questão das relações de poder entre homens e mulheres. O feminismo aparece como um movimento libertário, que não quer só espaço para a mulher – no trabalho, na vida pública, na educação –, mas que luta, sim, por uma nova forma de relacionamento entre homens e mulheres, em que esta última tenha liberdade e autonomia para decidir sobre sua vida e seu corpo (PINTO, 2010, p. 16).

O feminismo exerceu e tem exercido papel crucial nas transformações sociais atinentes à mulher tendo em vista que rompeu com diversos paradigmas utilizados pelo patriarcado para manter a mulher em situação de inferioridade e de invisibilidade. À medida que o feminismo avançou e colheu frutos materializados principalmente em liberdade e reconhecimento de direitos, esse movimento operou como um catalizador de mudanças sociais em sua grande maioria positivas às mulheres. Nas palavras de Saffioti (2007, p. 22):

Os movimentos feministas só são o que são hoje porque foram o que foram no passado. Hoje nós podemos questionar as bases do pensamento ocidental porque houve um grupo de mulheres que queimou sutiãs em praças públicas. O sutiã simbolizava uma prisão, uma camisa de força, a organização social que enquadra a mulher de uma maneira e o homem de outra. A simbologia é essa: vamos queimar a camisa de força da organização social que aprisiona a mulher.

No Brasil este movimento também teve seus reflexos e operou de forma conjunta com outras causas sociais na quebra de inúmeros estigmas e no alcance de diversos direitos principalmente no auge da década de 1970 e 1980, mas que em decorrência das particularidades locais da América Latina e do Brasil merecem ser tratadas em um tópico à parte.

2.6 A condição feminina no Brasil e a forte influência feminista

No Brasil do período colonial as mulheres podiam ser divididas em dois grupos: as mulheres “livres” e as mulheres escravas. As primeiras eram formalmente livres, contudo eram desprovidas do direito ao voto, à educação formal e ao trabalho, enquanto as segundas sequer eram consideradas seres humanos. Ambas não possuíam o direito de dispor sobre seus corpos e tinham todos os seus demais direitos vinculados à prévia concordância dos homens, cujo poder era concentrado nas mãos dos pais ou maridos. Esse contexto intimidava qualquer movimentação que visasse uma mudança no status feminino ou qualquer possibilidade de luta (MONTEIRO, 2008, p. 92).

Foi ainda durante o Império (1822-1889) que o direito à educação da mulher no Brasil foi reconhecido. Nesta época, Nísia Floresta (ativista pela emancipação feminina) que na verdade era Dionísia Gonçalves Pin (1819-1885) fundou a primeira escola para meninas no Brasil.

Registram-se alguns avanços na consolidação dos direitos das mulheres. Até então, código civil de 1830 previa que o assassinato de mulheres adúlteras, era legítimo não havendo punição alguma para o cônjuge. O mesmo não ocorria para os homens que traíam suas mulheres. A legislação de 1916 alterou essa disposição, considerando o adultério como razão de desquite, medida implantada para proteger as famílias das crises, as quais atribuídas, sobretudo, a novas configurações das mulheres no mercado de trabalho (PEDRO; GUEDES, 2010, p. 7)

A igreja no Brasil também se apoderou da mentalidade patriarcal presente na colônia e foi capaz de fomentar relações de dominação entre os sexos. Já havia uma relação de poder imbricada no escravismo e que se refletia também nas relações entre os maridos e suas esposas, na medida em que esses primeiros condenavam as esposas a serem uma escrava doméstica obediente e submissa (PRIORI, 2006, p. 22). O direito ao voto somente foi conquistado em 1932, quando foi promulgado o Novo Código Eleitoral.

Por sua vez, o surgimento do movimento feminista no Brasil sofreu fortes influências das experiências europeias e norte-americanas e teve como pano de fundo o cenário do Golpe Militar de 1964. Ele pode ser dividido em três grandes momentos. O primeiro é o seu nascimento com as primeiras reivindicações por direitos democráticos, tais como o voto, o divórcio, bem como, o direito ao trabalho e educação, já no final do século XIX. O segundo, por sua vez, vai ocorrer com o “boom” da revolução sexual, fato possibilitado principalmente pelo surgimento dos meios contraceptivos já no final da década de 1960. O terceiro momento ocorreu a partir da década de 1970 marcadamente atrelado à luta por melhores condições de trabalho e também contra a ditadura militar (CASTRO; MACHADO, 2016, p. 28).

Em 1907, um movimento liderado por mulheres marcava o cenário brasileiro: a greve das costureiras em São Paulo. Nessa reivindicação, as principais pautas eram a regularização do trabalho feminino incluindo uma jornada de trabalho de oito horas. As mulheres tomaram as ruas trazendo à tona a necessidade de se pensar às dificuldades do trabalho feminino nas fábricas (MORITZ, 2003, p. 35). Em 1917, por sua vez, a Conferência do Conselho Feminino da Organização Internacional do Trabalho aprovava a resolução para salário igualitário e a aceitação de mulheres no serviço público.

As brasileiras exiladas entraram em contato com o feminismo europeu e sofreram forte influência, ainda que com forte resistência por parte dos companheiros, que viam o feminismo como um desvio na luta pelo fim da ditadura tida como a pauta “principal”. Já em 1980 com a redemocratização e a volta de várias exiladas, há uma grande ebulição na luta pelos direitos das mulheres e a partir daí criam-se inúmeros grupos e coletivos em todas as regiões abordando diversas temáticas da pauta feminista (violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, opções sexuais) (PINTO, 2009, p. 16).

Ademais, foram as brasileiras bastante participativas na formulação da Constituição Cidadã de 1988, na medida em que passaram inúmeras orientações mediante os grupos de mulheres a fim de que se vissem atendidos direitos básicos até então não reconhecidos. Ressalte-se que a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11 340, de 7 de agosto de 2006) bem como, a criação das Delegacias Especiais da Mulher, foram conquistas fortes para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. E nos dias atuais o movimento tem ganhado cada vez mais espaço em grupos de mulheres das mais diversas classes e regiões do Brasil. Tal fato tem permitido uma expansão do debate e a quebra de inúmeras barreiras e costumes prejudiciais às mulheres principalmente envolvendo a luta contra a violência sexual.

No capítulo a seguir, buscar-se-á expor como esse tipo de violência tem atingido as brasileiras e a principalmente as violações de direitos e limitações que esses tipos de crimes geram nas vítimas.

3 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE PÚBLICO – AS BRASILEIRAS E A VIOLÊNCIA SEXUAL

Mesmo diante dos avanços alcançados pelo clamor feminista em todo o Ocidente e especificamente pela luta feminista no Brasil, a permanência de violações às mulheres no ambiente público demonstram o quanto ainda é necessário avançar em termos de proteção e respeito à presença das mulheres.

Os abusos sexuais presenciados nos coletivos, por exemplo, não são fatos novos e refletem a não aceitação da mulher nas ruas, nos espaços públicos historicamente compreendidos como exclusivamente masculinos. Contudo, graças ao aumento da indignação, a violência sexual tem ganhado cada dia mais notoriedade e fomentado o debate sobre o espaço, o corpo e à sexualidade da mulher. Ao longo deste capítulo, buscar-se-á debater sobre os casos de violência sexual no Brasil, com enfoque nos espaços públicos.

3.1 As notificações de violência sexual

Em 2017, a ONU lançou o relatório “Pelo Fim da Violência Contra Mulheres” segundo o qual quase dois terços das mulheres em todo o mundo passam por situações de violência em longo prazo, e dessas, metade sofre violência diariamente.

No Brasil, há um paradoxo formado pela falsa ideia de liberdade e sensualidade do corpo feminino, pautada no senso comum, que se contrapõe diretamente com a real forma com que se trata o gênero feminino cotidianamente, na medida em que os números de abusos sexuais são bastante altos.

No ano de 2016, uma pesquisa realizada pela ONG Act!Onaid mostrou que 86% das brasileiras já sofreram assédio em espaços públicos, sendo o transporte público o lugar onde elas mais têm medo de sofrer abordagens indesejadas. A pesquisa consultou 503 brasileiras de todas as regiões do Brasil.

No que tange ao tipo de abordagem, a pesquisa identificou que as formas de assédio mais comuns sofridas em público pelas brasileiras são o assédio (77%), seguido por olhares insistentes (74%), comentários de cunho sexual (57%) e xingamentos (39%) que em tese são vistos como violências “menos” graves. A pesquisa também constatou que 79% das mulheres entrevistadas disseram que a má qualidade dos serviços públicos é circunstância que dificulta diretamente suas vidas, pois limita o acesso de 33% delas ao trabalho e de 22% à educação.

Para 53% dessas mulheres, o problema na prestação do serviço de transporte coletivo aumenta os casos de assédio, assalto e estupro.

Por sua vez, uma pesquisa realizada em 2017 realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo instituto Datafolha entrevistou 2.073 pessoas entre homens e mulheres, dentre essas 1.051 brasileiras em 130 municípios de pequeno, médio e grande porte do Brasil, no período de 09 e 11 de fevereiro de 2017, e constatou que 40% das mulheres relataram ter sofrido algum tipo de assédio, proporção que se elevou para 70% entre as mais jovens (16 a 24 anos), e para 43% entre as mulheres negras (contra 35% brancas). E ainda, dentre as negras, as de cor autodeclarada preta tiveram essa proporção elevada para 47%.

No que tange ao lazer, cerca de uma em cada seis mulheres com idade entre 16 e 24 anos declarou ter sido “abordada de maneira agressiva, isto é, que alguém tocou seu corpo em uma balada ou festa” e cerca de uma em cada dez relatou ter sido “agarrada ou beijada sem seu consentimento, ou seja, à força, em qualquer situação”. E um dado bastante importante merece ser destacado da pesquisa acima exposta, de todas as entrevistadas que alegaram ter sofrido assédio sexual 58% declararam não ter procurado a polícia ou qualquer outra instituição para relatar o caso.

A naturalização de condutas que violam o espaço e corpo das mulheres dão margem para que a própria sociedade menospreze os casos relatados pelas vítimas retirando delas a necessária confiança para realizarem denúncias. “Isso sugere uma descrença em nosso sistema de Justiça Criminal que não é percebido como efetivo para lidar com o problema” (ALCADIPANI; TONELLI, 2017, p. 30).

Em outras épocas, por exemplo, quando não havia as delegacias especializadas da mulher, existiram casos em que o próprio depoimento da vítima tomado pelos policiais era bastante intimidador, na medida em que havia em alguns casos um “prazer” por parte do ouvinte nas minúcias do ato, “era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte (...) muitas vezes praticava atos de verdadeiro voyeurismo, estendendo (...) os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer-lhe a imaginação doentia” (GRECO, 2017, p.75).

Dentre os tipos de assédio comentados pelas entrevistadas, o mais frequente foi o de receber comentários desrespeitosos ao andar na rua, aspecto apontado por 36% das mulheres, seguido por receber comentários desrespeitosos no ambiente de trabalho (13%) e por sofrer assédio físico em transporte público (10%). Ressalte-se que em todos esses casos as mulheres negras foram constrangidas mais vezes.

A pesquisa também constatou que quando se observa o local considerando a violência mais grave sofrida nos últimos 12 meses, a rua correspondeu a 39% dos casos, contra o lar, que correspondeu a 43% dos casos. Outros ambientes públicos, tais como o local de trabalho os bares e baladas responderam por 5% cada, e a escola e faculdade, por 3%. A pesquisa identificou ainda a internet (rede social, Facebook, aplicativos) como meio da agressão para 1% dos casos. A partir dos dados acima expostos, verifica-se que o perfil da vítima na grande maioria dos casos é uma mulher negra e jovem com idade entre 16 a 24 anos.

É certo que mulheres jovens, inseridas no mercado, circulam mais pela cidade e estão mais expostas a sofrer e testemunhar cenas de violência, assédios, ofensas e ameaças, especialmente em locais públicos. Mas também é provável que mulheres mais jovens estejam hoje mais atentas ao decodificar como “violência” uma cantada agressiva, uma proximidade corporal forçada e também estejam mais dispostas a ressignificar como assédio aquele convite insistente do chefe ou do professor que tinha ficado na memória apenas como um momento ruim vivido na solidão e em geral na culpa (RAMOS, 2007, p. 22)

De acordo com sua posição na sociedade, a vida de duas mulheres da mesma idade pode ter contornos completamente distintos que podem causar-lhes mais ou menos situações de exposição a riscos sociais, aqui compreendidas todas as formas de violência. Com bem explica Saffioti (1987, p. 8), “a vida de mulher varia segundo a classe social (...) do sexo feminino. Se a operária gasta duas horas por dia no trânsito, mais oito na fábrica, e quatro nos serviços domésticos, a burguesa dispõe de serviços”.

Por um outro lado a falta de intervenção em casos de violência contra a mulher, por vezes, é amparada pela justificativa de que é um assunto privado. Contudo, os dados coletados na pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública demonstram uma outra perspectiva do problema. Nesse sentido:

“A pesquisa descontrói esse argumento, ao demonstrar que a violência contra as mulheres é também generalizada em espaços públicos – na rua, em transportes públicos, no trabalho – revelando que a falta de ação sistemática para combatê-la é resultante da tolerância social à violência” (SILVA; GREGOLI; RIBEIRO, 2017, p. 27-28)

Outra pesquisa que também ratifica a presença alarmante do medo entre as mulheres quando o assunto é o espaço público é a realizada pelo Datafolha, na cidade de São Paulo, com 1.092 homens e mulheres em 2015. A pesquisa identificou que o transporte público é o local onde mais ocorre assédio às mulheres. Deste total, 35% disseram já ter sido alvo de algum tipo de assédio em meio ao aperto dos transportes coletivos, 22% delas afirmaram ter sofrido assédio

físico, enquanto 8% foram alvo de assédio verbal e 4% de ambos. Ou seja, o transporte público nessa pesquisa superou o quantitativo relativo ao perigo sentido em meio à “rua” (que foi de 33%), à “balada” (19%) e ao trabalho (10%).

Conforme já mencionado no decorrer desse trabalho um dos casos que ganhou grande repercussão e que reflete essa situação foi a de um homem que ejaculou em uma mulher em um ônibus na cidade de São Paulo enquanto ela dormia, segundo informou o site do G1-São Paulo (2017).

Necessário destacar que em sua maioria o quantitativo de meios de transporte coletivo, principalmente os ônibus e metrô, são insuficientes para a demanda existente, causando superlotação e a facilitação de delitos furtivos contra as mulheres. Como se não bastasse este fato, por muito tempo esse tipo de comportamento foi tido como natural: a ausência de amparo às vítimas e de punição aos culpados terminam por gerar poucas notificações ou subnotificações dos casos.

Uma característica comum nesses atos é que, dos relatos, nota-se que o agressor não faz uso de “violência ou de grave ameaça”, como comumente é conceituada a violência no âmbito jurídico. Conforme, já exposto, o agressor se utiliza da aglomeração e do confinamento dos coletivos para se aproveitar das vítimas e promover apertões, passadas de mão, “encoxadas” e até mesmo ejaculações.

Os dados acima corroboram a explicação de que os espaços públicos ainda figuram como propensos ambientes de terror e medo para a maior parte das mulheres brasileiras. A dicotomia entre espaço público versus espaço privado ainda é bastante nítida quando se fala em segurança pública tendo como enfoque as necessidades das mulheres.

3.2 Os vagões rosa e a tolerância aos casos de violência sexual

Os recentes casos reacenderam um debate, que na verdade é antigo, tanto que desde o ano de 2006, a Lei Estadual 4.733/2006 do Rio de Janeiro instituía o vagão rosa destinado exclusivamente a mulheres com o fito de evitar os casos de assédio. Destarte, é importante esclarecer que a maior parte das vítimas não registra as ocorrências, seja por medo, vergonha ou pela sensação de impunidade, ou até mesmo por sentir-se culpada pelo ato. Na verdade, é bastante comum que as pessoas apontem as roupas utilizadas pelas vítimas como justificativa para o assédio

Uma pesquisa realizada pelo 9º Anuário de Segurança Pública de 2015 constatou que, em média, apenas 35% dos crimes sexuais são notificados. Esse dado reflete o poderio

masculino enraizado na sociedade, que cultua a ideia de um macho “insaciável” e incapaz de conter-se diante do corpo feminino. É, na verdade, fruto de uma ideologia que mascara a realidade das mulheres e sempre as coloca como culpadas e que afasta muitas vezes as vítimas de comunicarem os casos, pelo próprio sentimento de culpabilidade. O patriarcado contribui cotidianamente para o fortalecimento da ideia de que não cabe à mulher estar no espaço público e de que seu corpo é de posse pública se assim ousar fazê-lo.

Quando se afirma que é natural que a mulher se ocupe do espaço doméstico, deixando livre para o homem o espaço público, está-se, rigorosamente, naturalizando um resultado da história (SAFFIOTI, 1987, p. 11)

No mais, a pesquisa do 9º Anuário de Segurança Pública de 2015 também identificou que 90,2% das mulheres e 73,7% dos jovens de 16 a 24 anos afirmam ter medo de sofrer violência sexual, sendo que 67,1% da população brasileira residente nas grandes cidades brasileiras tem medo de ser agredida sexualmente. Diante dos inúmeros casos e da própria atenuação conferida pela sociedade, por vezes, aos casos verifica-se que é plenamente compreensível que a vítima se sinta desamparada, pois além de toda a humilhação gerada pelo ato, tende a ver o seu relato desacreditado. A própria prova dos fatos, a depender do caso concreto, pode ser difícil para a vítima.

3.3 Páginas na internet que incitam a violência sexual e propagam casos reais

A internet tem sido desde o último século uma ferramenta extremamente importante na propagação rápida de notícias. Com ela, o aumento do alcance da informação, quer seja ela positiva ou negativa, tem gerado impactos significativos na vida de milhares de pessoas. No ano de 2017, inúmeras notícias de violência sexual foram difundidas nas redes sociais e geraram bastante indignação causando, em muitos casos, a criação de campanhas que envolveram especialmente as mulheres jovens nas redes sociais e também nas ruas.

Na verdade, muitas dessas campanhas e coletivos de mulheres passaram a ganhar força a partir do ano de 2015, por meio do Twitter, como o exemplo o uso da hashtag “#meuprimeiroassedio”, que criou uma corrente em diversas redes sociais em que mulheres relatavam seus primeiros casos de assédio sexual, além da hashtag “#chegadefiu”, que buscou questionar as condutas de assédio. De um modo geral, ambas trouxeram à tona a problematização da violência sexual e da necessidade de as vítimas realizarem denúncias.

Contudo, a internet não tem sido apenas uma ferramenta para propagação de boas ações, ela também tem sido utilizada para fins de propagar diversos tipos de violências contra as mulheres. No ano de 2017, segundo o site *Catraca Livre*, após a difusão nas redes sociais de casos de assédio sexual nos transportes coletivos, tais como os ocorridos nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, um alerta emitido pela página Facebook informou que, em acesso ao site *Xvideos* (site esse de conteúdo pornográfico), a tag³ “ônibus” ficou em primeiro lugar nas buscas realizadas no Brasil.

Ademais, é necessário ressaltar que há nesse site e em outros de mesma natureza seções que fazem menções a casos de assédio com títulos como “flagrante de mulheres sendo abusadas”, “compilação de encoxadas”, “novinha pagando peitinhos no ônibus” e “gozando no ombro”. Muitos dos vídeos, inclusive, com filmagens supostamente reais de violência sexual, ocorridas no transporte público de cidades brasileiras.

Uma busca rápida em sites de pesquisa como o Google pelas palavras “encoxadores”, “assédio ônibus” ou “mulheres encoxadas” dá acesso a inúmeros sites de conteúdo adulto com supostos vídeos reais e também fictícios. A pesquisa também permite encontrar relatos de homens que já realizaram esses atos e de outros que declaram abertamente sentirem prazer em realizar esse tipo de conduta ou que estejam interessados em realizá-los.

No Facebook, por exemplo, já houve fóruns criados para compartilhamento de imagens e vídeos de assédio e abusos sexuais perpetrados contra mulheres e atualmente, com uma simples pesquisa por “encoxadores” é possível encontrar grupos com as seguintes denominações “encoxadores de plantão” e “encoxadores e encoxatrizes”.

No dia 17 de março de 2014, por exemplo, um dos membros desses grupos, Adilton Aquino dos Santos, estudante de administração e membro do ‘Encoxadores’ no facebook, foi preso em flagrante por tentativa de estupro a uma passageira de um trem onde tentou arrancar a calça da vítima e ejacular nela segundo o site do Estadão (2014).

O grupo no Facebook do qual o agressor fazia parte era denominado “Encoxadores e encoxatrizes de plantão” e tinha como objetivo o compartilhamento de experiências, vídeos e fotos de assédio praticado pelos seus membros. Atualmente, com uma simples pesquisa por “encoxadores” na rede social é possível confirmar a existência de grupos dessa natureza.

Segundo Mackinnon (1979) o assédio sexual ocorre como uma expressão do status de desigualdade entre homens e mulheres. No transporte coletivo, ruas e demais espaços

³ “Tag” em inglês significa etiqueta. Na internet são palavras que servem para agrupar informações que receberam a mesma marcação, facilitando encontrar outras relacionadas.

públicos essa desigualdade se vê escancarada, haja vista que muitos homens se sentem à vontade para, em meio ao confinamento e superlotação dos coletivos, realizar atos libidinosos contra às vítimas.

Ocorre que a visibilidade dos casos aumentou e é patente a necessidade de se discutir com maior rigor qual solução seria mais adequada, qual tipo penal seria capaz de abranger as condutas, punindo e repelindo a incidência dos crimes, bem como se existem outras formas que podem ser adotadas para promover a prevenção dos casos.

4 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - O ESTUPRO, A VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE E A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Embora atualmente sujeitos à irritabilidade social, os casos de violência sexual quando tratados no âmbito do Judiciário têm sido por vezes enquadrados como estupro (art.213 do CP) na forma consumada ou tentada, importunação ofensiva ao pudor art. 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941) ou até mesmo o crime de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP).

Em virtude das variantes associadas ao caso concreto e principalmente diante da reforma promovida pela edição da Lei 12.015 de agosto de 2009, em que o crime de estupro passou a enquadrar outras condutas além da conjunção carnal violenta, foi que a imprecisão no momento de escolher o tipo penal adequado passou a trazer maiores questionamentos. Aliado a este fato, o aumento da visibilidade dos casos tem gerado um descontentamento na sociedade e principalmente nas mulheres (maior contingente de vítimas), trazendo à tona a necessidade do debate e de alternativas para o problema.

4.1 A noção de bem jurídico e as principais alterações promovidas no Título VI, Capítulo I, do CP

Os crimes contra a dignidade sexual visam tutelar a liberdade sexual do ser humano (NUCCI, 2017). É com esta finalidade que o Estado visa reprimir todas as condutas que atentarem contra esse bem jurídico, atingindo-o diretamente. Nesse sentido, buscando acompanhar as mudanças sociais, o Código Penal vem sofrendo alterações, e o capítulo atinente aos crimes sexuais sofreu significativas mudanças nos últimos anos.

Segundo Cunha (2013, p. 483), com a edição da Lei 12.015 de agosto de 2009, que alterou o delito de estupro, o legislador brasileiro resolveu seguir a sistemática de outros países, tais como México, Argentina e Portugal, reunindo em um só tipo penal condutas que antes configuravam delitos distintos.

Deste modo, as condutas previstas no crime de atentado violento ao pudor foram unificadas no delito de estupro, passando a valer tanto para vítimas do sexo feminino quanto para as do sexo masculino. Dentre as alterações menciona-se, também, a criação do delito de estupro de vulnerável, bem como, a descriminalização dos crimes de sedução e do rapto consensual, além do surgimento do delito de incentivo à prostituição juvenil.

Ademais, a própria nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal foi alterada, haja vista que se denominava “dos crimes contra os costumes” passando a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Essa mudança configurou também uma evolução no pensar a sexualidade pois refletiu a influência de uma moralidade política cuja normatividade tem como enfoque o alargamento das esferas de autonomia e de liberdades individuais, bem como do aumento da tolerância entre diferentes grupos no convívio social (GRECO; RASSI, 2010, p. 51)

Ressalte-se que é a própria sociedade quem, mediante seus representantes políticos, escolhe os bens jurídicos que deverão ser tutelados, e é essa mesma sociedade que a depender da época, passa a valorar de maneira distinta determinadas condutas sociais. c

Tem-se, portanto, que o bem jurídico penal é constituído do interesse relevante somado a ideia de merecedora proteção estatal na órbita criminal, tudo isso obedecendo a respeitada função do Direito Penal como *ultima ratio*⁴ (NUCCI, 2015).

Como bem ensina Grego (2006, p. 12), “a seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade, o critério de seleção será valorativo-cultural, de acordo com a necessidade de cada época”. A determinação da pena a ser cominada e o filtro das condutas aferidas como reprováveis é, contudo, tarefa árdua, visto que se esbarra na fronteira entre a liberdade e a limitação estatal.

Para fins de esclarecer as hipóteses de incidência dos delitos de violência sexual e quais parâmetros devem ser considerados, passa-se a seguir à explicação de alguns princípios que regem o Direito Penal, bem como dos delitos sexuais que são de interesse deste trabalho.

4.2 Da dignidade da pessoa humana e a liberdade e dignidade sexual

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e deve reger todas as relações jurídicas. O referido princípio possui amparo na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III.

Conforme ensina Sarlet (2001, p. 60) trata-se de uma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além

⁴ Última razão, argumento decisivo, final. Faz-se menção a necessidade de utilizar o Direito penal apenas como última alternativa.

de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É, pois, um princípio de fundamental importância na medida em que visa garantir condições para que o indivíduo goze de sua vida como cidadão. Em seu enfoque objetivo, abrange a segurança do mínimo existencial, ou seja, o alcance das necessidades básicas, e em seu aspecto subjetivo alcança o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano (NUCCI, 2015).

Por outro lado, a dignidade sexual é uma especificidade do princípio da dignidade da pessoa humana e se projeta em dois planos distintos: o primeiro referente à dignidade individual onde está presente a livre manifestação da vontade para a prática do ato sexual e o segundo no direito de exercício dessa manifestação de vontade (GRECO; RASSI, p. 61).

A dignidade sexual relaciona-se à sexualidade humana e a todo o conjunto de fatos atinentes à vida sexual de cada pessoa. Reflete aspectos da vida privada que garantam ao ser humano o exercício de sua lascívia e sensualidade sem intervenções limitadoras de outrem ou do próprio Estado. Reitere-se, contudo, que essa satisfação sexual deve ocorrer observando-se os parâmetros da legalidade, sem afronta ao direito alheio ou a interesse social relevante (NUCCI, 2015).

Dentro dessa perspectiva, “ a liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela de crimes sexuais, por não apresentar qualquer conotação moral” (GRECO; ROSSI, p. 53). Face à violação que os crimes sexuais tendem a trazer à liberdade do indivíduo de poder dispor da sua vida sexual, são, pois, atentatórios à dignidade da pessoa humana, e com ela, à dignidade sexual pois infringem a intimidade e sexualidade do indivíduo.

Contudo, alguns autores criticam a nomenclatura adotada no Capítulo VI do CP na medida em que o termo “dignidade” poderia ainda fazer alusão à decência ou compostura, e não à liberdade sexual do indivíduo (NUCCI, 2015). Nesse sentido, esclarece Brodt (2011, p. 70):

A alusão à “dignidade sexual” parece-nos, entretanto, também indevida. Se não se quer impor um determinado padrão de comportamento sexual, única postura compatível com a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada prevista no art. 5º, X, da CF/1988, devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica.

De um modo geral, mesmo com as críticas à nomenclatura, entende-se o princípio da dignidade sexual como a tolerância à realização da sensualidade da pessoa adulta (maior de 18 anos) sem limitações, desde que realizada sem violência ou grave ameaça a terceiros (NUCCI, 2017). Nesse sentido, “sob tal enfoque, torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual aquele que foi coagido, física ou moralmente, a participar da satisfação da lascívia do agente, sem apresentar concordância com o ato” (NUCCI, 2015, p. 70).

4.3 Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Ofensividade ou Lesividade

Segundo o princípio da intervenção mínima, a intervenção penal somente deverá ser utilizada se verificado que se constitui um meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, e se percebido que essa tutela não pode ser realizada por meio de outros ramos do direito (MASSON, 2015, p.38).

Nessa perspectiva, deve o Direito Penal voltar-se apenas para os bens que sejam efetivamente indispensáveis à harmonia social. Se constatado um conflito de interesses, é imprescindível que se opte por outros ramos resolutivos que sejam, também, capazes de solucionar o problema (NUCCI, 2015, p.10). Nesse sentido, o princípio da ofensividade direciona-se a análise do legislador e do juiz para os quais compete avaliar a presença e a intensidade da lesão causada (QUEIROZ, 2015, 96).

De acordo com o princípio da ofensividade ou lesividade não haverá necessidade de criar uma infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico. É na verdade um princípio que visa limitar a intervenção estatal na liberdade do indivíduo (MASSON, 2011, p.45).

Ademais, não se deve confundir o princípio da Ofensividade com o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos. Para esse último, não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos, pois como *ultima ratio* deve o Direito Penal amparar apenas os bens fundamentais para a coletividade. O primeiro, por sua vez, somente é admitido como infração penal quando o interesse já selecionado pela lei sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano (BITENCOURT, 2012, p. 6).

4.4 Princípio da proporcionalidade, da proporcionalidade das penas e da pena necessária

O princípio da proporcionalidade também denominado princípio da razoabilidade, define que a criação de tipos penais incriminadores deve revelar uma atividade vantajosa para a sociedade, haja vista que a criação de um tipo penal é também uma limitação imposta aos indivíduos (MASSON, 2011, p. 42).

É com fundamento no princípio da proporcionalidade “que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências (...) que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar” (BITENCOURT, 2012, p. 14). Essa preocupação surge da necessidade de se afastar os direitos fundamentais da livre disposição pelo Estado, devendo o mesmo priorizar outros meios para a garantia e o respeito desses bens jurídicos e, em último caso, uma limitação.

Arelado ao princípio da proporcionalidade, tem-se também o princípio da Proporcionalidade das penas segundo o qual a sanção imposta pelo Estado deverá ser compatível, proporcional ao mal causado. A existência de penas desproporcionais gera a sensação de injustiça. Contudo, é necessário destacar que a apuração da pena adequada é tarefa árdua na medida em que o número excessivo de tipos incriminadores torna difícil a determinação da proporcionalidade, pois essa deverá ser apurada dentro da lógica dos demais tipos previstos no ordenamento jurídico (GRECO, 2006, p. 36).

No cenário dos crimes e contravenções que envolvem violência sexual, o uso do princípio da proporcionalidade deve ser sempre consultado. Essa exigência inclusive já estava prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 15 onde se preconizava que, *in verbis*, “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”.

Para fins de compreensão dos delitos nos quais as condutas de violência sexual podem ser enquadradas, a seguir são expostos os tipos e contravenções e sua consequente relação com os casos de violência sexual.

4.5 O crime de Estupro (art. 213 do CP)

O delito de estupro já foi objeto, ao longo do tempo, de diversas significações, mas sempre tendo como fundamento a ideia de violação sexual violenta. Consiste em constranger uma pessoa à prática da conjunção carnal, ou de qualquer outro ato libidinoso mediante o emprego de violência ou grave ameaça (NUCCI, 2011, p. 73), em que, “de acordo com a

redação legal, verifica-se que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual” (GRECO, p. 74, 2017).

Antes do advento da Lei 12.015/2009, entendia-se o estupro como a “obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou para nos aperfeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça” (HUNGRIA, 1954, p. 107). Dentro desse conceito, somente a mulher podia ser sujeito passivo da conduta do delito e o sujeito ativo exclusivamente o homem. O tipo exigia a violência física ou moral para a prática da conjunção carnal, aqui compreendida como o coito vaginal que consiste na penetração pênis na vagina.

Houve, contudo, uma alteração trazida pela Lei 12.015/2009 e as condutas previstas no art. 214⁵ (atentado violento ao pudor) foram incorporadas ao art. 213 do CP havendo, a partir daí, o desaparecimento da mulher como única possibilidade de sujeito passivo do delito. A nova redação passou a ser:

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

Pena — reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Caput com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

§§ 1º e 2º acrescentados pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Trata-se de tipo misto alternativo que envolve a conjugação do verbo principal “constranger” com as condutas associativas complementares: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A prática do delito no mesmo cenário, contra a mesma vítima, realizando com a mesma apenas conjunção carnal ou a prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso resulta no cometimento de delito único. Apesar da natureza de crime único, entende-se que deva o jurista se valer do disposto no art. 59 do Código Penal, quando da ocorrência de mais de uma conduta, com vistas a compensar a não aplicação do concurso material (NUCCI, 2011, p. 75).

⁵ Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão de dois a sete anos.

Outros autores, por sua vez, defendem que o crime de estupro teria, na verdade, natureza de tipo misto cumulativo, segundo o qual há “a previsão de mais de um delito distinto, de modo que cada violação determina a aplicação de uma única pena, dando causa a um concurso de crime (material, formal, crime continuado)” (GRECO FILHO, 2009, p. 60). Exposta a posição divergente, há que se declarar que atualmente o entendimento aplicado tem sido o de considerar o delito, como crime misto alternativo.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também, fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do CP, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes (GRECO, 2010, p. 475)

Divergindo desse entendimento, há autores que defendem que o tipo do art. 213 permite tanto a cumulatividade quanto a alternatividade, devendo para tanto serem observados junto aos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção. Deverá ser observado no caso concreto se houve relação de causalidade ou de consequência, “o que o estupro mediante conjunção carnal absorve é o ato libidinoso em progressão àquela e não o ato libidinoso autônomo e independente dela” (GRECO; SARRI, 2010, p.145).

O bem jurídico tutelado por esse crime é a liberdade sexual da mulher e do homem, que nada mais é que o direito de exercerem a sua sexualidade, aqui obrigatoriamente incluso a liberdade para escolherem livremente seus parceiros, e a negar-se ainda que este lhe seja o cônjuge. A coautoria e a participação passam a ser perfeitamente possíveis no tipo (BITENCOURT, 2014, p. 42).

4.5.1 Da conduta de constranger à conjunção carnal

A conduta apontada pelo tipo é a de constranger, que “significa impor sua vontade, forçar, obrigar, subjugar a vítima, (...) o constrangimento se dirige contra qualquer classe de pessoa” (BUSATO, 2014, p. 795). A ação tipificada “ (...) sugere pessoa de qualquer sexo) (...) virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, mediante violência (vis corporalis) ou grave ameaça (vis compulsiva) à conjunção carnal” (BITENCOURT, 2014, p. 42).

Ademais, conforme esclarece Jesus (2012, p. 127) para que ocorra o constrangimento é imprescindível o dissenso da vítima, que sua resistência seja inequívoca demonstrando a vontade de evitar o ato. Esse também é o entendimento de Costa Junior (2011,

p. 857) para o qual “o dissenso do sujeito passivo haverá de ser irretorquível e sincero, positivo e militante, extravasando-se numa resistência inequívoca”. Esse também é o entendimento de Delmanto (2010, p. 692).

No que tange à conjunção carnal, para a prática é necessário que sejam os sujeitos passivo e ativo de sexos distintos, esse requisito, por sua vez, não é exigido para a prática do ato libidinoso que poderá ser realizado tanto entre mulheres, quanto entre homens ou entre um homem e uma mulher (GRECO, 2017, p.77).

Para Costa Junior (2011, p. 860) além do delito possuir um dolo genérico, que consiste na vontade de empregar a violência na conjunção carnal ou no ato libidinoso, o crime também exige o dolo específico que se configura pela finalidade de manter conjunção carnal ou de levar a efeito a prática do ato libidinoso. O autor ressalta que a doutrina pátria diverge da existência do dolo específico pois poderia o agente ter outro objetivo tais como humilhar a vítima e ainda assim estaria configurado o delito.

. Não se exige que o agente atue objetivando saciar sua lascívia. Mesmo que o interesse não seja de saciar a lascívia, seja outro, como vingar-se, ainda assim estará configurado o tipo. O dolo consistirá em constranger a vítima com a finalidade de realizar o ato libidinoso ou a conjunção carnal (GRECO, 2017, p.79).

4.5.2 Consumação e tentativa – o emprego de violência ou grave ameaça

Para que ocorra a consumação no crime de estupro basta que exista o contato físico entre a genitália do agente e o corpo ou genitália do sujeito passivo, como regra. “Desse modo, o início de introdução do pênis na vagina já é suficiente para a consumação do estupro. Inexiste necessidade de orgasmo ou ejaculação” (NUCCI, 2015, p. 88) essa aferição vale para os casos que envolvem a consumação do delito na forma da conjunção carnal. Para Moreira Filho (2012, p. 388) “o crime é material e se consuma com o coito carnal, seja oral, anal ou vaginal, cometida com violência ou grave ameaça”.

Por sua vez, na modalidade ato libidinoso, o momento de consumação da conduta coincide com a própria prática do ato libidinoso (BITENCOURT, 2014, p. 43).

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier a atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas (seios, nádegas, pernas, vagina desde que não haja penetração, que se configuraria na primeira parte do tipo penal, pênis etc.) (GRECO, 2017, p.78)

Os atos libidinosos diversos por não necessitarem da cópula vagínica podem ser realizados com a pessoa vestida, bastando apenas que o agente constranja a permitir o toque satisfatório de sua lascívia. (NUCCI, 2015). Esse também é o entendimento de Jesus (2012, p. 129) para o qual na hipótese do ato libidinoso o crime é formal e consuma-se independente do resultado que é a violência ou grave ameaça empregada para o objetivo. Para esse autor, nessa hipótese não há possibilidade de interrupção da execução para a configuração da tentativa.

Assim, tendo em vista a estrutura atual do tipo penal, não tem mais cabimento sustentar a tese da tentativa para o caso em que o sujeito não logra a conjunção carnal, mas chega a realizar atos libidinosos diversos como preliminares à conjunção carnal (BUSATO, 2014, p. 805). Quanto ao ato libidinoso, na forma praticar, a própria vítima é obrigada a realizar o ato, ou seja, adota uma posição ativa forçada; enquanto na forma permitir, ela é submetida à violência de forma passiva (NUCCI, 2011).

Contudo, tanto para Delmanto (2010, p. 693) quanto para Bitencourt (2014, p. 860) na hipótese de ato libidinoso é possível a tentativa se demonstrado que o agente empregou a violência, mas é impedido de prosseguir antes de praticar o ato libidinoso.

Essa opinião difere da exposta por Jesus (2012, p. 132) para o qual:

(...) há estupros que podem fracionar-se em diversos atos, já por si libidinoso. É o caso do agente que, com a intenção de constranger a vítima ao coito anal, a domina despe-lhe as vestes e a toca nas partes íntimas, preparando-a para o ato que se propõe. Para a caracterização do crime, não é necessário que ele atinja sua finalidade específica de praticar o coito anal. Com o primeiro ato libidinoso, o de despir a vítima, já estará consumado o crime.

Moreira Filho (2012, P. 389) também advoga pela impossibilidade de tentativa na hipótese do ato libidinoso, em suas palavras: “não vemos como possa ser a conduta fracionada, como regra a infração não deixa vestígios, prescinde assim da realização de exame de corpo de delito, sendo suficiente para a consumação, a palavra inequívoca e segura da vítima”.

Para Costa Junior (2011, p. 860) na hipótese em que o agente invade o quarto de uma mulher e lhe profere palavras inequívocas que já exprimem o propósito da conjunção carnal ou do ato libidinoso, antes que agarre a vítima, ali estará realizada a forma tentada do delito de estupro.

O meio de execução do delito é mediante violência ou grave ameaça. Essa violência deverá ser material no qual o agente atuará mediante o emprego de força física que seja capaz de impedir a vítima de reagir. “O meio empregado para a prática da violência pode ser tanto o desforço físico, quanto outros meios como fogo, água, energia elétrica” (BUSATO, 2014, p.

795). A violência é a força física à pessoa e a grave ameaça é a de causar mal injusto e grave, gravidade do mal ameaçado deve ser aferida pelo juiz tendo em vista as circunstâncias do caso concreto” (GRECO; RASSI, 2010, p. 146).

Por sua vez, a grave ameaça ocorrerá quando o agente se utilizar de violência moral direta, independentemente de ser justa ou injusta, de forma que a vítima não tenha outra saída a não ser ceder ao ato (CUNHA, 2016, p. 460). “É necessário que a ameaça seja grave, vale dizer, apta a intimidar. É evidente que não é possível admitir-se como ameaça casos em que a vítima mostra um exagero de susceptibilidade” (BUSATO, 2014, p. 795)

Para Costa Junior (2011, p. 858) o uso da violência está diretamente ligado à resistência da vítima e essa resistência é na verdade a contraprova do delito e deverá integrar o tipo como elemento essencial. Ademais, exige a lei que a resistência da vítima à consumação seja verdadeira, mas não se exige que se estenda até o desfalecimento, “a configuração do crime repousa na supressão do poder (força ou capacidade de resistência) da mulher de defender-se ou de opor-se à prática do ato sexual” (BITENCOURT, 2014, p.45).

É importante destacar que alguns autores sustentam que a negativa e resistência da vítima sejam bastante nítidas, pois “é imprescindível para a configuração do crime a resistência séria, efetiva e sincera da mulher (a simples relutância não basta)” (CUNHA, 2016, p. 260).

Jesus (2012, p. 128) inclusive destaca que na hipótese em que o ato é muito rápido e a vítima é surpreendida com a sua prática, onde o agente a acaricia com tamanha destreza que a vítima não consegue contê-lo, nesse caso defende ser plausível a aplicação do delito do art. 217-A, do estupro de vulnerável, pois segundo esse autor, a vítima em razão da surpresa não pode oferecer resistência.

4.5.3 O elemento normativo ato libidinoso e a problematização com os recentes casos noticiados pela mídia

Conforme já exposto, há duas possibilidades no delito de estupro, sendo uma delas a conjunção carnal (que é de mais fácil constatação, na medida em que se pode recorrer à perícia) e a segunda que ocorre mediante a realização de ato libidinoso, que no caso concreto é mais difícil de se determinar e provar. Deste modo, o que poderia ser enquadrado como ato libidinoso?

O consagrado doutrinador Jesus (2011, p. 131) descreve ato libidinoso da seguinte forma:

Ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto

sexual. Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia.

Nessa mesma esteira esclarece Bitencourt (2014, p. 43) que ato “libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem que envolve também a conjunção carnal”. Para Costa Junior (2011, p.857) é todo aquele que atente contra o pudor do homem médio, diferindo diretamente da moralidade normal e que tenha como motivação a satisfação da lascívia.

Para Cabette (2010, p. 18) por sua vez, “alguns atos libidinosos são bastante próximos da conjunção carnal, tais como o coito anal e oral, coito interfemora, sexo oral entre mulheres, heteromastubarção. Outros apresentam menos apelo como, por exemplo, o beijo lascivo”. A denominada “encoxada” como comumente é conhecido o ato de se aproveitar da lotação de meios de transportes para se esfregarem nas vítimas, configuram segundo Nucci (2011) atos libidinosos que podem ser enquadrados como estupro se observado que o grau de constrangimento impossibilitou a reação da vítima, embora o autor acredite que o razoável seria a aplicação de um delito intermediário.

Muitas vezes, em transportes coletivos lotados, alguns homens se valem da situação para forçar mulheres, pelo contato do corpo, a permitir o roçamento libidinoso; conforme o grau de constrangimento, impossibilitando a reação da vítima, pode caracterizar-se o estupro, embora o ideal fosse a existência de uma figura intermediária entre este crime e a importunação ofensiva ao pudor (NUCCI, 2015, p. 102).

Do texto acima ainda é possível extrair que o autor afirma que apesar de caber o delito de estupro, o ideal seria um tipo intermediário. Costa Junior (2011, p. 857), por sua vez, afirma que mesmo na época em que vigia o art. 214 do delito de atentado violento ao pudor já havia uma discussão sobre o perigo de se interpretar o ato libidinoso, pois havia muitas chances de se incorrer em extremos. Para esse autor, é inegável a discrepância de gravidade e intensidade entre realizar uma penetração anal e beijar de forma violenta alguém ou de passar-lhe a mãos nas nádegas ou seios. E por esse motivo sustenta que o agente que promove esfregões em transportes coletivos sequer deveria ser punido, como a seguir se extrai:

Par garantir a proporcionalidade poderia ter o legislador atual, uma vez que alterou o Código Penal, excluir de uma vez por todas a possibilidade de aplicar a pena do tentado violento ao pudor ao agente de libido incontrolável, que porém, não viola tão incisivamente a liberdade sexual alheia. É o caso do sujeito que se aproveita da lotação

de um transporte coletivo para saciar sua lascívia num esfregão frenético. (COSTA JUNIOR, 2011, p. 857)

Diferente também não é o posicionamento de Delmanto (2010, p.392) para o qual em virtude de o legislador não ter inserido no conceito de ato libidinoso uma gradação e apenação diferenciada entre os tipos de atos libidinosos, deverá o juiz socorrer-se aplicando a desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do CP) se praticada em local público ou para a contravenção do art. 65 de perturbação da tranquilidade se não cometida em lugar fechado.

Segundo Busato (2014, p.797) trata-se de uma cláusula aberta que exige ponderação na medida em que não existe um recorte de quais seriam as figuras equiparadas que poderiam ser enquadradas como estupro. Segundo explica o autor:

Conquanto seja uma cláusula aberta, cabe aqui a ressalva da equivalência da ofensa à liberdade sexual, uma vez que são vastíssimos os precedentes jurisprudenciais dando ampla abrangência às figuras delituosas passíveis de enquadrar-se na cláusula de equiparação, tais como o sexo anal, o sexo oral, e também bolinações, apalpadelas em partes pudendas, e até mesmo o que a doutrina considera de difícil configuração: os chamados beijos lascivos.

Para Bitencourt (2014, p. 51), no antigo delito de atentado violento ao pudor “incluía-se nessa definição o beijo lascivo, os tradicionais ‘amassos’, simples toques nas regiões pudendas, apalpadelas, entre outros”. Segundo esse autor, não queria o legislador incluir esses comportamentos na tipificação de estupro que possui incidência da Lei dos Crimes Hediondos, pois haveria uma clara desproporcionalidade.

Nesse sentido também concorda Nucci (2015) pois afere que hipóteses tais como a do beijo lascivo não devem ser enquadradas como estupro, devendo o estupro ser aplicado apenas aos casos excepcionais e graves em que devem ser enquadrados na contravenção de importunação ofensiva ao pudor. Cabette (2010, p. 22), por sua vez, sustenta que com a mudança trazida pela Lei 12.015/2009, “a melhor solução para os casos vindouros é a da aplicação do art. 215, CP, (...) sendo exagerada a tipificação do crime de estupro (CP, art. 213)”.

Sobre a hipótese do beijo lascivo, Costa Junior (2011, p. 857) esclarece que o beijo dado nas partes pudendas, ou nos seios ou colo configurará ato de libidinagem, contudo ressalta que pela exigência da violência será difícil a aferição de provas. Para esse autor, nos dias atuais o beijo não pode ser considerado ato de descomedimento sexual. Por sua vez. Nucci (2017, p. 69), citando Hungria (1954), esclarece que caracteriza ato libidinoso os beijos voluptuosos,

sendo estes os caracterizados pela “longa e intensa descarga de libido”, desde que sejam dados na boca com a introdução da língua.

Entre os atos libidinosos, podem ser apontadas a fellatio ou irrumatio in ore, o cunnilingus, o pennilingus, o annilingus, o coito anal, inter femora, a masturbação, os toques e apalpadelas do pudendo, dos membros inferiores, a contemplação lasciva, os contatos voluptuosos etc (NORONHA, 1999, p. 90).

Há quem defenda, inclusive, que o ato libidinoso seja violento e tão repulsivo quanto o sexo anal ou oral forçados em que “deve o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima com a mesma intensidade de uma conjunção carnal” (CUNHA, 2016, p. 459). Dentro dessa perspectiva será ato libidinoso o “ato de libidinagem violento, coagido, obrigado, forçado, buscando o agente constranger a vítima à conjunção carnal” (CUNHA, 2016, p. 459).

A diferença entre o desvalor e a gravidade entre sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beira as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61 (LCP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico (BITENCOURT, 2008, p. 9, grifo nosso).

Do exposto, percebe-se que o posicionamento preponderante na doutrina consiste na crítica à imprecisão trazida pelo legislador, por alguns pontuada como uma cláusula aberta, que não define uma gradação no que tange à reprovabilidade do ato e tampouco promove uma distinção de penas para os atos libidinosos. Sustenta a maior parte da doutrina que existem atos libidinosos vistos como mais graves e outros que embora firam a moral média não são dotados de gravidade semelhante à conjunção carnal, sendo, portanto, “menos graves” e que por esse fato deveriam ter uma pena menor e proporcional à conduta.

Desse modo, no caso concreto, tanto a identificação dos atos libidinosos quanto a determinação de sua potencial gravidade é na verdade tarefa difícil. Uma ejaculação na vítima, sem, contudo, haver anterior “roçamento” no corpo da mesma ou uma passada de mão nas nádegas da vítima possuem o mesmo grau de reprovabilidade e configurariam o estupro?

A identificação da resistência da vítima também parece problemática pois a doutrina exige que essa resistência seja muito clara e que necessariamente o indivíduo se utilize de força física ou de uma ameaça séria que não dê à vítima outra alternativa senão a de receber ou ceder ao ato. Nesse sentido, é o posicionamento apontado por Costa Junior (2011), Delmanto

(2010), Cunha (2016), Bitencourt (2014), Nucci (2015) e Busato (2014), esses três últimos, por sua vez, sustentam que não é necessário que a vítima promova atos de heroísmo arriscando sua vida, mas que exerça de alguma forma clara a sua negativa.

Segundo Bitencourt (2014, p. 45) e Busato (2014, p. 797) recomenda-se que no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade orientem a avaliação realizada pelo magistrado para fins de avaliar a correlação de forças, de superioridade de forças do agente em relação à vítima.

Necessário mencionar que Delmanto (2010, p. 695) inclusive sustenta que a oposição da vítima deverá ser clara e positiva, manifestada mediante inequívoca resistência, contudo mencionando o RT 545/398 do TJSC o autor ressalta que se o comportamento passivo da vítima for fruto do pânico provocado pelo número de ofensores ou de grave situação de fato, esse fato por si só não poderá ser utilizado para descaracterizar o delito.

Segundo Nucci (2011) não se exige que a vítima realize algum ato heroico, tampouco que precise sofrer várias lesões corporais, ou que seja submetida a uma ameaça gravíssima. Nos próprios transportes coletivos onde a vítima possui, por vezes, pouquíssimo ou nenhum espaço para mover-se é comum, por exemplo, que a vítima não perceba de imediato que se trata de um “roçamento” ou então que em virtude do temor do agente, da lotação do transporte, ou pela surpresa causada pela conduta opte por suprimir a sua reação, preferindo manter-se calada. Ademais, pode até mesmo encontrar-se adormecida e ser surpreendida pelo ato libidinoso.

Nesses casos, percebendo a ejaculação após o ato, estaria configurada a presença da violência e de resistência da vítima? Se considerada o posicionamento de Costa Junior (2011), Bitencourt (2014), Cunha (2016) e Delmanto (2010) dificilmente haveria nesses casos o enquadramento no delito de estupro por ausência de suposta violência, resistência e também por conter este delito pena considerada desproporcional para esses atos libidinosos.

Das exposições, Jesus (2011, p. 128) sustenta que nos casos em que a vítima é pega de surpresa configuram vulnerabilidade e devem ter aplicação do art. 217-A, de estupro de vulnerável que inclusive possui pena ainda maior que a estipulada para o delito de estupro simples (art. 213 do CP). Se a maior parte da doutrina não tem admitido que casos como passada de mãos nos seios, nádegas, ou beijos lascivos sejam enquadrados como estupro simples, difícil imaginar que concordariam, portanto, que fosse aplicado pena ainda maior como a do delito de estupro de vulnerável. Bitencourt (2008, p. 9) conforme já exposto inclusive sustenta que todos os demais atos que não o sexo oral e anal são insignificantes quando comparados à conjunção carnal.

De todo o exposto percebe-se que a valoração é bastante mutável porque dependerá de quem realizará o enquadramento do ato no caso concreto. Para Cabette (2010, p. 21) “perdeu o legislador a oportunidade de, com a Lei 12.015/09, resolver a questão da proporcionalidade entre as penas para os atos libidinosos de menor apelo e a conjunção carnal ou outros atos mais invasivos”. Por sua vez, Nucci (2017, p. 91) esclarece que a realização do ato libidinoso com consequente consumação do delito pode dá-se inclusive sem a necessidade de que o pênis do agente esteja ereto, tampouco de que a vítima esteja despida, conforme a seguir exposto:

Afinal, mesmo que flácido, o pênis pode obter contato com a vagina da mulher ou outras partes do corpo. O mesmo acontece no âmbito de relações exclusivamente masculinas. Somente essa situação já é suficiente para configurar o estupro na modalidade ato libidinoso. Afinal, sabe-se que o prazer sexual também é viável sem ereção, podendo, inclusive, haver ejaculação. O orgasmo pode ser obtido pelo estímulo cerebral, diante de situação excitante, independentemente até de contato físico. Por isso, é viável o estupro sem contato físico ou mesmo com o pênis flácido.

Ou seja, percebe-se que na doutrina prevalece o entendimento de que perdeu o legislador a oportunidade de estabelecer uma gradação entre quais seriam os atos libidinosos mais graves e os ditos menos graves de forma que se estabelecesse a esses dois grupos penas distintas e proporcionais. Sustentam a existência de uma cláusula aberta que merece cautela quando avaliada pelo magistrado na medida em que deverá ater-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Enquanto alguns doutrinadores acreditam ser insignificantes determinadas formas de atos libidinosos tais como o beijo lascivo, outros por sua vez, pontuam que a simples realização dos atos libidinosos já consuma o delito sendo esses últimos, doutrina minoritária representadas por Jesus (2011) e Busato (2014).

Nesse sentido, há pronunciamentos para todos os “gostos” uns no sentido de serem condutas “menos graves” e passíveis de desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo a indicação do delito de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP) outros já apontam que o legislador quis punir esses atos tanto quanto a conjunção carnal forçada.

A opção do legislador por concentrar em um só tipo as condutas que comumente eram enquadradas no delito de atentado violento ao pudor terminaram por deixar ao aplicador da norma a missão de definir quais atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de figurarem no delito de estupro. Houve, no delito em comento, uma omissão na diferenciação desses atos, pois a depender do caso concreto os delitos compreendidos como menos reprováveis, terão a mesma pena daqueles de reprovabilidade maior (TANFERRI, CACHAPUZ, 2015, p. 53).

4.6 Do Estupro de Vulnerável (Art. 217-A do CP, Capítulo II) - estrutura típica e debate acerca da vulnerabilidade

O estupro de vulnerável é um delito autônomo que tem a finalidade específica de proteger pessoas que possuem ou que por determinadas circunstâncias encontrem-se em estado de vulnerabilidade. Conforme se pode extrair do dispositivo:

Estupro de vulnerável

Art.217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena— reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§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.

§2º (Vetado.)

§3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena — reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§4º Se da conduta resulta morte:

Pena — reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Artigo acrescentado pela Lei n.12.015, de 7 de agosto de 2009.

A vulnerabilidade dá-se em virtude de que “as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado” (NUCCI, 2011, p. 142).

No que tange ao bem jurídico tutelado, não se cabe falar em liberdade sexual, nas hipóteses do caput, como bem jurídico protegido, pois há, nos casos, o reconhecimento de que não há plena disponibilidade do exercício dessa liberdade em decorrência da própria vulnerabilidade. A criminalização visa assegurar que o menor possa decidir, quando adulto, sobre seu comportamento sexual, sem ter esse arbítrio violado e consequentes traumas psicológicos advindos da conduta delitiva (BITENCOURT, 2014, p. 81).

Ressalte-se que poderá ser sujeito ativo do referido delito qualquer pessoa, enquanto que o sujeito passivo deverá ser pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência) (NUCCI, 2011). Ademais, é imprescindível destacar que o núcleo do tipo penal não exige que a conduta seja realizada mediante violência ou grave ameaça, ou seja, poderá a violência ou grave ameaça ocorrer ou não, bastando apenas que o agente realize a conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso (GRECO, 2017, p.147).

No art. 217-A tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) houve a unificação da conjunção carnal com os demais atos libidinosos, nos mesmos moldes do delito de estupro (art. 213). Contudo, houve um agravamento da pena, passando a ser reclusão de oito a quinze anos. De outro modo, o dispositivo também solucionou a controvérsia atinente à incidência do aumento determinado pelo art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal (NUCCI, 2015).

Segundo Jesus (2012, p. 155) “busca-se defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas consideradas em sua condição de fragilidade”, nesse sentido segue o autor afirmando que por esse motivo tem-se como desnecessária a existência de dissenso da vítima e cuida-se de delito hediondo. A ação penal, conforme o parágrafo único do art. 225 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, será de iniciativa pública incondicionada, em decorrência da vulnerabilidade da vítima.

4.6.1 A hipótese prevista no parágrafo primeiro do art. 217-A poderia ser aplicada aos casos de violência sexual sem conjunção carnal?

Além do menor de 14 anos e da pessoa com enfermidade ou deficiência mental, previu também previu o § 1º do art. 217-A do Código Penal o estupro de vulnerável na situação de “a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Trata-se de uma permissão legal expressa de interpretação analógica, na qual a referida condição ou situação especial, o qual a vítima deverá se encontrar, equipara-se ao enfermo ou ao deficiente mental, muito semelhante, portanto, ao determinado no caput. A vítima nessa hipótese deveria se encontrar, portanto, em um estado semelhante às hipóteses elencadas no caput (BITENCOURT, 2014, p. 82). A seguir o dispositivo:

Art. 217-A. (...)

(...)

§ 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) (grifo nosso)

Outro não é o entendimento de Greco (2017, p. 150), o qual elenca as seguintes hipóteses que podem ser enquadradas como prováveis situações de impossibilidade de resistência:

Poderão ser reconhecidas, também, **como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez**

letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos etc. Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiá-las suas pacientes fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de ministrá-lhes algum sedativo. Não importa que o próprio agente tenha colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir ou que já a tenha encontrado nesse estado. Em ambas as hipóteses deverá ser. (grifo nosso)

Seguindo essa mesma linha de entendimento, Jesus (2012, p. 160) aponta que é necessário que seja provada a impossibilidade completa de resistência e cita como exemplo, enfermidade, idade avançada, paralisia dos membros, desmaio, embriaguez alcoólica, delírio, ministração de entorpecentes etc. Ademais, o autor infere que essa elementar que caracteriza o estupro de vulnerável não pode ser confundida com hipótese do art. 215 do CP, devendo o magistrado avaliar no caso concreto, pois se a resistência for nula terá ocorrido estupro de vulnerável, mas se for relativa se enquadrará na hipótese do delito de violação sexual mediante fraude.

Para Nucci (2014) é imprescindível para a configuração do tipo na forma “não oferecer resistência” que a incapacidade da vítima de opor resistência seja total, devendo, portanto, a mesma encontrar-se em estado de absoluta vulnerabilidade, tais como nos casos de embriaguez completa ou sob efeito de drogas. Ademais, ressalta o autor que se a vulnerabilidade for relativa deverá ser permitida a desclassificação da infração penal para a figura do art. 215⁶ do CP.

Por outro lado, entendem Greco e Rassi (2010, p. 104) que o medo também pode ser enquadrado na cláusula genérica “por qualquer outra causa” prevista no parágrafo primeiro do art. 217 – A.

Dos posicionamentos acima expostos, extrai-se, portanto, que nos casos de violência sexual em que a vítima está em um transporte coletivo, tais como ônibus, metrô, ou qualquer lugar público, ou mesmo em lugar fechado onde a vítima pode sofrer a investida de ato libidinoso, para o único fim de satisfação da lascívia do agente, só haveria a possibilidade de enquadramento na hipótese do parágrafo primeiro do art. 217-A se a vítima estivesse

⁶ 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) Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

absolutamente incapaz de oferecer resistência ou se constatado um temor reverencial. Contudo, essa última opção é doutrina minoritária, pois a doutrina majoritária defende a necessidade de demonstração de ausência total de possibilidade de resistência.

Dito de outra forma, a elementar que, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, aparentemente, com uma abrangência sem limites, é restrita ao seu paradigma, com o qual deve guardar semelhança, por exigência da interpretação analógica e da tipicidade estrita. Com efeito, essa “qualquer outra causa” deve ser similar a “enfermidade ou deficiência mental”, ou seja, algo que reduza ou enfraqueça sua capacidade de discernimento, e, conseqüentemente, a impossibilite de oferecer resistência, nos moldes dessas enfermidades mentais (BITENCOURT, 2014, p. 82).

Segundo o entendimento acima exposto, pode-se deduzir que para a maior parte da doutrina não haveria que se falar em vulnerabilidade absoluta, por exemplo, o fato de a vítima apenas estar dormindo, ou com pouco espaço para mover-se tais como nos metrô lotados, excluindo-se a aplicação do tipo se não satisfeita a condição de incapacidade total de opor resistência. Depreende-se, no entanto, que se a vítima for menor de 14 anos, deverá a conduta, ser, pois, enquadrada como estupro de vulnerável conforme o caput do dispositivo.

4.7 Do crime de Violação Sexual Mediante Fraude (Art. 215 do CP)

O crime de violação sexual mediante fraude está previsto no art. 215 do CP com a seguinte determinação:

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)
Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Atentado ao pudor mediante fraude (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) (grifo nosso)

Trata-se de um delito que também sofreu alterações pela Lei 12.015 de agosto de 2009 na medida em que reuniu a posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP) com as hipóteses do delito do atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP) e antigo art. 215 de posse sexual mediante fraude. O antigo delito do art. 216 apenas previa a hipótese de fraude, no entanto a partir da Lei n. 12.015 de 10 de agosto de 2009 no qual passou o art. 215 a incorporar as condutas do 216 (atentado ao pudor mediante fraude) passou a prever, também, a hipótese de “qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima”.

Para a configuração deste tipo penal podem ser sujeito passivo e ativo pessoa de qualquer gênero e as condutas de conjunção carnal e de ato libidinoso possuem a mesma carga significativa daqueles exigidos no delito de estupro, mas a diferença reside na exigência de que o ato seja conseguido mediante utilização de fraude ou outro meio que dificulte a possibilidade de consentimento da vítima. Ademais, a própria existência da violência afasta o elemento fraude. Como exemplo, menciona-se o médico que ludibriando a vítima de estar realizando toque para constatação de sintomas, usa-se da situação para apalpar a vítima, ou de irmão gêmeo que se passe pelo outro para transar com a vítima (BITENCOURT, 2017, p. 54).

No que tange à elementar que consiste no emprego de “meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” será necessário que o magistrado verifique se a ausência de resistência da vítima foi relativa, ou absoluta. Se relativa estará configura a hipótese do art. 215 do CP se absoluta a do art. 217-A (JESUS, 2010, p. 2012). Para Delmanto (2011, p. 702) “apesar de ser demasiadamente aberto, em face do princípio da proporcionalidade, cremos que o outro meio que impeça ou dificulte há de ser como a fraude, provocado pelo agente e apto a efetivamente impedir ou dificultar a livre manifestação de vontade”.

No que tange à livre manifestação de vontade da vítima “pode tratar-se de qualquer um disposto a conturbar o tirocínio da vítima. Naturalmente, não se refere o tipo penal a qualquer forma de violência ou grave ameaça” (NUCCI, 2017, p. 109). Ademais, “não se pode falar em violação sexual mediante fraude quando há violência, ainda que presumida pela idade do ofendido” (BITENCOURT, 2017, p. 56).

Sob a segunda hipótese, há que se esclarecer que “Alguém sem vontade livre, com vontade suprimida ou inexistente não reage, não pode “oferecer resistência”, e ser possuído (a) “sem poder oferecer resistência” configura estupro” (BITENCOURT, 2017, p. 56). Em virtude dessa similitude com o delito de estupro, o autor pondera ser imprescindível a cautela ao examinar esse elementar.

Nesse sentido (GRECO, 2017, p. 125) também exige que a vítima se encontre totalmente impossibilitada de manifestar a sua vontade, conforme a seguir exposto:

O verbo impedir é utilizado no texto com a ideia de que foi impossibilitada a livre manifestação de vontade da vítima, que se encontrava completamente viciada em virtude da fraude ou outro meio utilizado pelo agente, a fim de conseguir praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Dificultar, a seu turno, dá a ideia de que a vontade da vítima, embora viciada, não estava completamente anulada pela fraude ou outro meio utilizado pelo agente. Nesse último caso, embora ludibriada, a vítima poderia, nas circunstâncias em que se encontrava ter descoberto o plano criminoso, mas, ainda assim, foi envolvida pelo agente.

Do exposto, depreende-se que os autores sustentam duas hipóteses importante na segunda elementar do delito: a primeira é de que seja a resistência relativa e nítida, a segunda por sua vez é a de que tanto na primeira forma de consumação do delito, como na modalidade “outro meio que impeça a manifestação da vítima” seja utilizado forma que se assemelhe a uma fraude. Por sua vez, Cabette (2010, p. 21) defende que esse delito poderia ser aplicado nos casos de atos libidinosos, tais como na situação em que o agente apalpa de surpresa os seios da vítima, conforme a seguir esclarece ao autor:

Por exemplo, um indivíduo que, repentinamente, apalpa os seios de uma mulher, sem que ela tenha tempo ou chance de reagir. É de ser observar que estes casos devem também ser analisados tendo em conta a contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (LCP, art. 61) **ou mesmo o novo crime previsto no art. 215 CP (“Violação Sexual Mediante Fraude”)** quando trata de “praticar outro ato libidinoso com alguém mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” (aliás, este último dispositivo parece o mais correto para aplicação a tais casos. (grifo nosso)

Para esse autor, a aplicação do art. 215 do CP supriria a questão da desproporcionalidade no que tange à aplicação do delito de estupro simples, art. 213 do CP (CABETTE, 2010, p. 22).

Para Nucci (2015) na hipótese de “ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” há chances de haver dificuldade no enquadramento por ser hipótese semelhante ao art. 217-A, § 1.º devendo o magistrado analisar o grau de resistência da vítima, de modo que se o for relativa, aplicar o disposto no art. 215 e quando a resistência for nula recorrer ao art. 217-A, § 1.º posição inclusive semelhante a de Jesus (2010).

Nesse sentido, o posicionamento da doutrina leva a crer que a exigência de que o delito figure apenas sobre a hipótese de fraude tanto na primeira quanto na segunda modalidade, é fato que uma vez absorvido pelo magistrado fará com que dificilmente, no caso concreto, opte por aplicar o delito em questão visto que a maior parte dos casos de violência sexual nos espaços públicos não se figuram mediante fraude.

No entanto, tendo em vista que o delito abrange não só a conjunção carnal como também as hipóteses de atos libidinosos e por possuir pena menos grave que o delito de estupro, poderia o presente delito ser utilizado para os casos de violência sexual nos espaços públicos, observado o caso concreto, até que o legislador optasse por sanar a imprecisão apontada pela doutrina sobre a escala de gravidade entre os atos libidinosos.

No entanto, na doutrina pouco se sustenta a utilização desse delito para os casos de atos libidinosos se não houver a presença de fraude. Nucci (2015) inclusive destaca que perdeu

o legislador a oportunidade de retirar esse delito por sustentar que é pouco aplicado no caso concreto.

4.8 Da Contravenção Penal de Importunação Ofensiva ao Pudor

Quando não aplicados os delitos acima mencionados, tem sido comum a escolha pela desclassificação do tipo penal de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, o Decreto Lei 3688/41. Segundo este dispositivo sofrerá penalidade de multa aquele que:

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

Ressalte-se que a contravenção exige que o lugar seja público ou acessível ao público e prevê apenas a penalidade de multa para a conduta do agente. Ocorre que a contravenção de importunação ofensiva ao pudor como bem pontua Maciel Filho (2017) por se tratar de uma mera contravenção penal e por ser uma infração penal de pequeno potencial ofensivo diminui sobremaneira as chances de o agente ser processado criminalmente, sobretudo se for primário e tiver bons antecedentes.

Destarte, por ser uma contravenção penal a infração será operada dentro da lógica dos Juizados Especiais Criminais onde se prioriza a conciliação e a transação penal e onde a lei tem uma natureza muito mais preventiva que punitiva, sendo bastante comum também que o agente saia de lá somente obrigado ao pagamento de cestas básicas ou a prestação de serviço comunitário. Se por um lado se opera de modo a não prejudicar o réu com uma pena de reclusão tida como desproporcional para a conduta cometida, por outro pode-se pecar pela ausência de repressão efetiva o que pode fomentar a ideia de impunidade e do próprio descrédito do réu quanto à reprovabilidade da conduta praticada.

Maciel Filho (2017) ressalta que o objetivo principal do juiz será promover a conciliação com a consequente liberação do acusado e extinção de sua punibilidade haja vista que não existe uma ação penal em andamento, isso para o caso de ser enquadrado na contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Távora (2011, p.751) esclarece, inclusive, que com a Lei n° 9.099 de setembro de 1995 (que instituiu os Juizados Especiais Criminais) a descarceirização foi ampliada, conforme a seguir exposto:

Não obstante a possibilidade de prisão em flagrante de delito de menor potencial ofensivo- nos Termos da Constituição de 1988, que não excepciona a possibilidade de efetivação da prisão por qualquer pessoa- a lei assegurou que não será ela imposta (não cabendo a lavratura do auto de prisão respectivo), se o autor for encaminhado ao juizado ou se comprometer a comparecer aos autos do processo (TAVORA, 2011, p. 751)

Ou seja, é plenamente compreensível que a vítima se sinta desamparada, pois além de toda a humilhação causada pelo ato, as chances de ver o indivíduo liberto e sem nenhum ônus, podendo inclusive deparar-se com ele novamente e no mesmo lugar são enormes. Ressalte-se, contudo, que não se deseja afirmar que a simples detenção do agente possa ser suficiente para a sensação de punibilidade, mas que o simples pagamento de multa tende a gerar uma sensação de impunidade nos casos.

Com o fito de analisar como a jurisprudência tem se comportado sobre esses casos, passasse no capítulo que se segue à exposição de alguns julgados que tratam dessa temática.

5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E OS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL MEDIANTE A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS

O enquadramento da conduta de ato libidinoso tem sido objeto de divergência não só pela doutrina, como também pelos Tribunais. Com a finalidade de demonstrar parte desse intempérie jurídico, passa-se, a seguir à exposição de alguns julgados:

“Com relação à tipicidade do fato, é certo que o réu tentou beijar a vítima. Pela forma de abordagem, conclui-se que pretendia um beijo lascivo, que constitui ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Iniciou a execução do crime colocando a mão na virilha da garota. No entanto, o relato da vítima não foi claro se aquele toque foi, por si só, um ato lascivo, ou se apenas o réu colocou a mão em sua perna como mera insinuação, constituindo ato preparatório para seu intento principal, a obtenção do beijo. **Assim, tenho que o delito foi tentado, uma vez que o réu não consumou seu intento por circunstância alheia à sua vontade, em razão da fuga da vítima”**(Ap. 70016618597, Tramandaí, 7.^a C., rel. Sylvio Baptista Neto, 05.10.2006, v.u.). TJRS: (grifo nosso)

“A Turma entendeu que, no crime de atentado violento ao pudor [atualmente, estupro], a conduta concupiscente evidencia-se pelos efetivos e reiterados contatos físicos do agressor com a vítima menor, caracterizando-se, assim, crime consumado, e não apenas tentativa (arts. 214 [atualmente incorporado ao art. 213 pela Lei 12.015/2009] e 14, I e II, do CP). Precedentes citados: REsp 889.833/RS, DJ 29.06.2007; REsp 841.810/RS, DJ 18.12.2006; e REsp 732.989/AC, DJ 07.11.2005” (REsp 1.048.003/RS, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 14.10.2008). 88 2.6.10 2.6.11. STJ: (grifo nosso)

Segundo Nucci (2017, 88) pela leitura dos dois acórdãos acima é possível perceber que houve a aceitação da tentativa de estupro na primeira conduta (passar a mão na virilha e dar um beijo) e já na segunda interpretação feita pela 5^o Turma do STJ entendeu-se pela consumação do delito apenas com a realização do beijo lascivo. Ou seja, nos termos do primeiro julgado, o somatório beijo + passada de mão no corpo da vítima foi entendido, em suma, apenas como ato preparatório, fazendo crer que somente haveria a consumação do delito se o autor tentasse a penetração vaginal ou realizasse outro ato libidinoso de reprovação “mais grave”. De outro lado, no segundo julgado o posicionamento adotado entendeu ter o crime se consumado apenas com os contatos físicos, sem especificar quais.

Admitimos que, em quase três décadas no exercício da magistratura, nunca condenamos o estupro na sua modalidade tentada. Por vezes, é preferível absolver o réu por falta de provas de cometimento de estupro ou até desclassificar a conduta para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Até mesmo para avaliar o que é tentativa e o que é consumação, em matéria de atos libidinosos forçados, ingressam o senso de cada um e sua percepção dos fatos, nesse nível, subjetiva (NUCCI, 2017, p.88)

A seguir outros julgados:

Apelação. Atentado violento ao pudor. Denunciado, **mediante violência real, agarrou pessoa de 13 anos, beijando-a, passando as mãos em seus seios, costas e nádegas.** Fatos comprovados. Contudo, inadequação típica. **Importunação ofensiva ao pudor. Desclassificação.** (...) **Em que pese a credibilidade evidenciada nas palavras da vítima, os fatos em apreço subsumem-se de maneira mais adequada ao tipo penal constante do art. 61 da Lei de Contravenções Penais. A circunstância de ter o recorrente prendido a vítima no quarto, agarrado sua cintura e forçada a beijá-lo configura mera importunação, no sentido de incomodar com a presença física provocadora.** Se, por um lado, evidências existem acerca da intenção libidinosa, por outro, condenar o apelante às penas do delito de estupro é medida sobejamente excessiva. Dessa feita, é cabível considerar a subsidiária subsunção de sua conduta à figura da importunação ofensiva ao pudor” (Ap. 990.10.359693-5, 16.^a C.C., rel. Guilherme de Souza Nucci, v.u. TJSP) (grifo nosso)

Reconhecimento da prática delitiva do crime de estupro em sua forma tentada, pois inobstante na nova sistemática processual punir aquele que pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal na mesma proporção de quando efetivamente ocorra a conjunção carnal, **evidencia-se uma grande desproporção entre as condutas e a mesma sanção, de modo que em nome dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, na hipótese dos autos em que não houve penetração, consistindo os atos em beijos e passadas de mãos pelos seios da vítima, admite-se a ocorrência do crime de estupro em sua forma tentada.** Precedentes” (Ap. 201200010012831/PI, 2.^a C.E.C., rel. Joaquim Dias de Santana Filho, 11.09.2012, m.v.). TJPI (grifo nosso)

As condutas realizadas pelos réus nos julgados acima expostos são bastante semelhantes, contudo, novamente se percebe que houve um enquadramento de tipos de forma bastante distinta, o que na prática revela diferenças drásticas de aplicação de penas. Enquanto no primeiro julgado do TJSP, ainda que o agente tenha beijado a vítima de forma lasciva e conjuntamente passado a mão nos seios, pernas e nádegas, utilizando-se inclusive de força física restou aceito o pedido de desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, ou seja para o intérprete não restou consumado o delito de estupro mesmo tendo ocorrido a prática dos atos libidinosos mencionados. Por sua vez, no segundo caso o TJPI enquadrou a conduta de passar as mãos no corpo da vítima e de dar beijos lascivos como tentativa de estupro, ainda pontua o magistrado que seria desproporcional enquadrar a conduta na forma consumada do delito de estupro.

Quanto à idade da vítima, percebe-se também uma discrepância de entendimento, na medida em que exige o art. 217-A que seja enquadrado o agente no delito de estupro de vulnerável por ser a vítima menor de 14 anos. Enquanto que no segundo julgado, por sua vez, operou-se o enquadramento na forma tentada do delito de estupro para a conduta de dar beijos na vítima e passar as mãos nos seios mesmo sendo menor de 14 anos.

PENAL. CRIME DE ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. ATOS LASCIVOS SUPERFICIAIS. CURTO LAPSO TEMPORAL.

INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. MEDIDA CAUTELAR ADEQUADA E NECESSÁRIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. **Demonstrado que os atos lascivos praticados pelo réu foram superficiais e breves, consistentes em passar a mão sobre a região genital da vítima, por sobre a roupa, correta a desclassificação do delito de estupro para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.**

2. Constatada a semi-imputabilidade do réu e presente o risco de reiteração delitiva, mostra-se adequada e necessária a manutenção da medida cautelar de internação.

3. Recursos conhecidos e desprovidos.

Recurso em Sentido Estrito 20131210039203RSE

JULGAMENTO: 02 de agosto de 2014)

RSE 20131210039203 DF 0003812-91.2013.8.07.0012 Orgão Julgador 3ª Turma Criminal Publicado no DJE : 19/08/2014 . Pág.: 300 Julgamento 14 de Agosto de 2014 Relator JESUINO RISSATO (grifo nosso)

Do julgado acima, merece ser exposto parte do voto do relator Jesuino Rissato, a seguir:

“Os atos descritos, portanto, apesar de serem atitudes repudiadas e de caráter libidinoso, não ultrapassaram a mera importunação lasciva, não sendo aptos a caracterizar o delito de estupro, cujo alcance, devido à sua grave punição e ao seu caráter hediondo, merece interpretação restritiva e proporcional aos atos praticados no caso concreto. Assim, diante do acervo fático constante dos autos, não se verifica proporcionalidade entre a conduta apurada nos autos e a punição prevista no art. 213, § 1º, do Código Penal, sob pena de se permitir uma condenação excessiva e sem razoabilidade”

Percebe-se do voto em questão que o desembargador optou por prestigiar o princípio da proporcionalidade sustentando que embora haja repúdio à conduta descrita não seria proporcional ajustá-la ao delito de estupro simples.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA, COM A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INVIABILIDADE. CONDUTA REPROVÁVEL E AVILTANTE, MAS INCAPAZ DE COMPROVAR A CONCUPISCÊNCIA DO AGENTE. ADEQUADA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. SENTENÇA CONFIRMADA. (grifo nosso)**

CONTRARRAZÕES. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. DEFENSOR NOMEADO. COMPLEMENTAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO PUBLICADA SOB A ÉGIDE DA NOVA LEGISLAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- O crime de estupro de vulnerável exige, para a sua configuração, que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique ato libidinoso diverso com menor de 14 (catorze) anos com o intuito de satisfazer sua lascívia. **A conduta do acusado de abaixar a bermuda da vítima e/ou passar a mão nas partes íntimas por cima da**

roupa, por si só, não basta para configurar o delito de estupro de vulnerável, uma vez que não evidencia o dolo necessário para o tipo penal.

- A importunação ofensiva ao pudor, contravenção prevista no art. 61 do Decreto-Lei 3.688/1941, consiste em o agente incomodar a vítima ou perturbar-lhe a tranquilidade por acinte ou razão reprovável em público.

- Faz jus aos honorários recursais previstos no art. 85, §§ 1º e 11, do Novo Código de Processo Civil, o defensor dativo que apresenta contrarrazões ao recurso ministerial quando a decisão foi publicada na vigência da novel legislação, em observância ao Enunciado Administrativo 7 do Superior Tribunal de Justiça. TJ-SC

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o provimento do recurso.

- Recurso conhecido e desprovido.

Julgamento: 14 de Junho de 2018

No julgamento em comento, entendeu o relator que a conduta de “passar a mãos nas partes íntimas” não era suficiente para configurar o delito de estupro de vulnerável. Ressalte-se que no caso supra a menor possuía à época dos fatos apenas 9 (nove) anos de idade. Equiparou o relator, como bem se extrai do texto, que a conduta na verdade apenas incomodou a vida ou perturbou-lhe a tranquilidade.

Necessário ressaltar que a conduta mencionada no caso é entendida pela doutrina como ato libidinoso e no caso em comento houve reação em sentido de negativa pela vítima mediante choro e houve inclusive conduta do agente no sentido de abaixar a roupa da criança. Contudo, a conduta sequer foi considerada tentativa de estupro, pode-se afirmar que o ato não foi entendido como ato libidinoso e nem houve aplicação do art. 217-A de estupro de vulnerável. Para melhor reflexão, necessário ressaltar que no caso acima o agente abordou a criança, abaixou a bermuda da mesma e passou-lhe, ao que tudo indica, a mão em sua parte íntima, a criança inclusive urinou na própria roupa de tão apavorada.

Em seu voto, advogou o relator Carlos Alberto Civinski que não houve abuso sexual, tampouco o dolo do delito de estupro, conforme se extrai do texto a seguir:

“Considerando que o apelado **não perpetuou algum abuso sexual contra a vítima**, ou seja, a forma fugaz da prática do ato, cessada sem maiores atos invasivos, **tem-se que o objetivo era importunar emocionalmente a ofendida** e não praticar atos lascivos, conduta que se amolda perfeitamente à contravenção penal de importunação, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor (artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/1941).” (grifo nosso)

O fato de já ter sido exposto julgado em que a conduta de passar a mão e dar beijo lascivo foi considerada tentativa de estupro, e nesse último caso a de passar a mão no corpo da vítima e de ter abaixado sua roupa não restar configurada sequer como tentativa de estupro, levam a crer que a imprecisão consequente da interpretação da conduta de ato libidinoso dá margem para que o intérprete cometa excessos ou simplesmente opte sempre pela tipificação “menos” gravosa a fim de não incorrer em desproporcionalidade na aplicação da pena. Pela

particularidade de estar em jogo a dignidade sexual do indivíduo, a escolha torna-se ainda mais preocupante, pois a busca pelo “justo” dependerá da subjetividade e discricionariedade do juízo competente para apreciar o caso.

Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a) declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplica o princípio da máxima taxatividade interpretativa (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 207).

O princípio da taxatividade exige do texto legal certeza, determinação, de modo que a lei descreva o com o máximo de precisão possível os tipos penais incriminadores (QUEIROZ, 2015, p.77). Por sua vez, também é defensor da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da norma o doutrinador Bitencourt (2017, p.46) segundo o qual “estando ausente a elementar típica relativa ao local, deve ser declarada a inconstitucionalidade da cominação legal, sem redução de texto, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico.”

No momento de determinar a conduta, “a aceitação de certo grau de indeterminação no conteúdo do tipo pode até ser imprescindível em certos casos, mas nunca no sexual” (SILVEIRA, 2008, p. 308). A dependência adstrita à majoração subjetiva do julgador no momento de determinação do que pode ser o ato libidinoso no delito de estupro tende a gerar um afastamento da segurança jurídica, requisito de extrema importância para o ordenamento (MARTINS, 2015, p. 115).

APELAÇÃO – PENAL – ESTUPRO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS - Apelação: APL 00095996420118120002 MS 0009599-64.2011.8.12.0002
A desclassificação do crime de estupro (art. 213, do Código Penal) para o delito de importunação ofensiva ao pudor é medida de rigor ante a não comprovação da violência ou grave ameaça exigidos para a configuração do crime mais grave. Apelação defensiva a que se dá provimento com base no acervo probatório, para o fim de desclassificar a conduta imputada.

Do acórdão acima, importante se faz destacar o voto do Des. Carlos Eduardo Contar, a seguir:

(...) A vítima estava caminhando em direção ao Posto de Saúde e em dado momento o acusado começou a segui-la de bicicleta. Ao alcançá-la, ODILON desceu da bicicleta e, **contra a vontade da vítima pegou em seus seios e tentou tirar-lhe o vestido.** Assim, a vítima gritou e o empurrou, ocasião em que o mesmo lhe ofereceu

a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para a mesma “ficar com ele”. Em atendimento ao pedido de socorro, 02 (dois) motociclistas que passavam pelo local interceptaram o acusado que já havia se evadido do local, imobilizando-o até a chegada dos policiais militares. O acusado pleiteia a desclassificação do crime de estupro para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da Lei das Contravenções Penais), **ante a “inexistência de violação ou grave ameaça exercida pelo apelante para a incidência do tipo penal”**. Embora a dinâmica dos fatos indique a presença de violência sexual, esta se apresenta em um grau reduzidíssimo àquela exigida para a configuração do crime de estupro (art. 213, do Código Penal). Em outras palavras, o ato de “passar a mão rapidamente no seio da vítima” não configura uma agressão tão abrupta ao ponto de ensejar tamanha disparidade a amoldar-se no tipo penal do crime aludido, tal como ocorreu no caso em tela.[...] (grifo nosso)

Do voto acima, o relator ressalta que o ato de “passar a mão rapidamente no seio da vítima” não configura agressão passível de ser enquadrada no delito de estupro por entender ser desproporcional a aplicação da pena prevista no tipo previsto no art. 213 do CP. Ademais, mesmo tendo o agente puxado a roupa da vítima e tocado em seu seio contra a sua vontade, exercendo, portanto, contato físico e uso da sua força, entendeu o magistrado que não houve comprovação da violência ou grave ameaça concedendo a desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

(...) Se a conduta do réu, no que atinente a esta imputação, resumiu-se a beijos lascivos, sem indicativo que tivesse interrompido *iter criminis* de figura típica mais gravosa, impõe-se a desclassificação para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (...) (Ap. 70044128304/RS, 5.ª C.C., rel. Amilton Bueno de Carvalho, 21.09.2011, v.u. TJRS). (grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. ESTUPRO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO CONTRAVENCIONAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. **A elementar do crime de estupro deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, aquele que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da pessoa ofendida.** 2. É pacífico no sistema jurídico que as penas devem ser proporcionais ao mal social causado pelos crimes, e, conseqüentemente, sanções de igual monta devem corresponder a lesões jurídicas de mesma intensidade. **Na ausência de dispositivo legal que melhor traduza a conduta perpetrada pelo agente, não pode o judiciário valer-se de uma pena desmesurada e desproporcional, sob pena de provocar injustiça e insegurança maiores do que a decorrente do próprio delito.** 3. Negado provimento. (TJDFT – APR 20130510142497, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. João Timóteo De Oliveira, j. 03.03.2016) (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. SÚMULA 7/STJ. (ART. 213, § 1º, DO CP). VÍTIMA MAIOR DE 14 ANOS E MENOR DE 18 ANOS. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tendo o Tribunal de origem reconhecido, de forma fundamentada, que a conduta do recorrente se subsume ao tipo penal do art. 213, § 1º do CP, o pedido de desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor demandaria minucioso revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a conduta do agravante - **em agarrar violentamente a vítima, passar as mãos nos seios, tentar colocar a mão sob as vestes e não soltá-la - enquadra-se como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, caracterizando-se como estupro** (AgRg no REsp 1622491/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017 e REsp 1583228/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016). (grifo nosso)
3. Agravo regimental não provido.

Da análise dos julgados acima, extrai-se que para o TJ-RS os beijos lascivos foram enquadrados como importunação ofensiva ao pudor, enquanto no julgado do TJDFR além de conceder a desclassificação o desembargador ainda fundamenta a escolha alegando que não há um tipo penal intermediário que pudesse satisfazer o enquadramento da conduta em questão. Em um sentido contrário, o STJ, no julgado acima afirma que “passar as mãos nos seios, tentar colocar a mão sob as vestes e não soltá-la enquadra-se como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, caracterizando-se como estupro”. Extrai-se dos acima expostos que casos semelhantes receberam tratamento bastante distintos.

PELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO QUALIFICADO MAJORADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE TENTADO. ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM REFORMATIO IN MELLIUS. No caso, o réu foi denunciado e processado pelo crime de estupro qualificado majorado. **Contudo, ao cabo dos atos instrutórios, restou evidente a ausência da violência imputada ao réu na denúncia para a perpetração dos atos libidinosos por ele praticados contra a ofendida, sua sobrinha, que a nega categoricamente em Juízo, confirmando, todavia, o molestamento sexual mediante fraude.** No caso, ausentes a violência e a grave ameaça, restaram caracterizadas as elementares da ação típica prevista no art. 215 do CPB. Neste contexto, todavia, o agente ministerial não ofereceu o aditamento à denúncia, ocorrendo, assim a preclusão, pois cabia ao órgão acusador, na primeira oportunidade, oferecer o aditamento à denúncia, a teor do art. 384 do CPP. Inocorrente este proceder pelo dominus litis e identificada nova definição jurídica pelo magistrado sentenciante, fundamentada em circunstância de fato e de direito não descrita na denúncia, em atenção ao princípio da correlação, sem o parquet observar as regras da mutatio libelli, a única solução cabível é o veredicto absolutório. Neste sentido caminha o entendimento doutrinário pátrio... contemporâneo. Precedentes desta Corte, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. Absolvição do réu em reformatio in mellius, por atipicidade da conduta APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM REFORMATIO IN MELLIUS. APELO IMPROVIDO. M/AC 7.261 - S 30.08.2017 - P 266 (Apelação Crime Nº 70073787293, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 30/08/2017).

(TJ-RS - ACR: 70073787293 RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Data de Julgamento: 30/08/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2017) (grifo nosso)

Do julgamento acima exposto, a conduta do réu de passar a mão nos seios, nádegas e partes íntimas de sua sobrinha de 15 (quinze) anos ao pedir um abraço a mesma restou

confirmado pelo tribunal como violação sexual mediante fraude. Reitere-se que a vítima afirmou que o réu não lhe forçou, aproveitou-se do abraço para realizar os toques e com fundamento na ausência de violência ou grave ameaça o juízo concedeu a desclassificação do crime de estupro para o de violação sexual mediante fraude.

Sobre esse mesmo delito, passa-se a seguir a exposição de acórdão no qual o agente esperou a vítima passar perto dele num bar e passou a mão em seu corpo:

APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DA LCP - NECESSIDADE - ISENÇÃO DAS CUSTAS - EFEITO DA CONDENAÇÃO - JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Diante do harmonioso conjunto probatório colhido nos autos, não restam dúvidas de que os fatos se deram da forma como foram narrados na denúncia, não havendo que se falar, portanto, em absolvição. 2. **Considerando, no entanto, que os atos praticados não se revestiram de extrema gravidade, a ponto de justificar a condenação do acusado no delito de violação sexual mediante fraude, aliado à ausência de previsão de um tipo penal intermediário que insira a conduta perpetrada pelo réu, não resta outra alternativa senão proceder à desclassificação do crime para a contravenção penal do art. 65 do Decreto-Lei 3688/41.** 3. A condenação ao pagamento das custas processuais é um efeito da condenação criminal, ainda que o réu seja pobre no sentido legal ou assistido pela Defensoria Pública, devendo o pedido de suspensão da exigibilidade ser realizado perante o juízo da execução, o qual possui melhores condições de averiguar a situação de hipossuficiência do acusado. V.V. - Tendo o referido apelante sido acompanhado por advogado constituído durante o processo, não logrando êxito, por outro lado, em comprovar a insuficiência de recursos, de rigor o indeferimento do pedido de isenção das custas, não bastando a mera alegação de que não possui condições de arcar com as despesas processuais. (TJ-MG - APR: 10693130008933001 MG, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 21/02/2017, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/03/2017) (grifo nosso)

No caso em questão, o próprio juízo assevera que inexistente um tipo penal intermediário que pudesse abranger a gravidade da conduta. Segundo o acórdão, os atos não se revestiram de extrema gravidade para serem enquadrados no delito de violação sexual mediante fraude passando o tribunal a deferir o pedido de desclassificação para o art. 65 que se refere à contravenção penal de perturbação da tranquilidade. No caso mencionado o autor em lugar público aproveitou-se do fato de a vítima estar passando próximo a ele para passar a mão em suas partes íntimas. Merece destaque a seguir, a exposição de caso em que o agente se aproveitando do fato de a cunhada está dormindo, toca-lhe o seio:

(...) Não descrevendo, a exordial acusatória, a prática de fraude alguma ou conduta equivalente para perpetrar o ilícito, configura violação ao princípio da correlação a manutenção da condenação do recorrente pelo cometimento do delito insculpido no art. 215 do Código Penal, sem contar que, pelo mesmo motivo, afigura-se igualmente descabido condená-lo pelo crime de estupro capitulado na prefacial (art. 213 do Código Penal), considerando que a denúncia, também, não narra o eventual emprego de violência ou grave ameaça

na conduta do agente. 2.2. É inviável desclassificar o crime insculpido no art. 215 do Código Penal para o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) em análise de recurso exclusivo da defesa, porque tal medida configura inegável reformatio in pejus, mesmo que seja mantida a pena aplicada ao recorrente na sentença. Tal assertiva se impõe, porque o crime de estupro de vulnerável é hediondo e as consequências de uma condenação por tal delito repercutem, inclusive, na fase da execução da pena e pioram sobremaneira a situação do apelante, sem contar **que as circunstâncias do caso concreto não permitem considerar o sono leve como causa de vulnerabilidade da vítima, que estava no perfeito gozo de suas capacidades mentais** e era maior de 14 (quatorze) anos. 2.3. Tendo em vista que a descrição dos fatos contida na denúncia, remetem à prática de ato inconveniente em tese provocado pelo recorrente, que teria, propositadamente e por motivo reprovável, ocasionado aborrecimento e incômodo à vítima que estava dormindo, com o objetivo de lhe perturbar a tranquilidade, é de **rigor a desclassificação do crime de violação sexual mediante fraude para a Contravenção Penal descrita no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41.** (Ap 92075/2016, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 07/12/2016, Publicado no DJE 16/12/2016) (TJ-MT - APL: 00062728120128110042 92075/2016, Relator: DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 07/12/2016, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/12/2016) (grifo nosso)

Novamente, o voto expressa a preocupação do intérprete em enquadrar a conduta de toques no seio enquanto a vítima dormia no crime de estupro (art. 213 do CP), tampouco quis o juízo enquadrar a conduta no delito de violação sexual mediante fraude, mesmo esse tipo penal tendo em seu bojo a hipótese de “por outro meio que impeça ou dificulte a vontade da vítima”, no caso citado a vítima estava dormindo.

Por sua vez, imprescindível se faz a exposição do posicionamento do STJ quanto à temática. No recurso especial nº 1.661.251 - go (2017/0061298-5) cujo relator foi o ministro Jorge Mussi, o Ministério Público recorreu requerendo o afastamento da causa de diminuição de pena referente à tentativa, e solicitou o restabelecimento da decisão de primeiro grau. No referido caso, o Tribunal de origem fixou a tentativa alegando que o réu não consumou o delito porque a mãe da vítima chegou ao local e impediu, bem como, por entender que os atos libidinosos não foram configurados. O desembargador entendeu que o réu sequer tocou por dentro da roupa da vítima (menor de idade) apenas realizando toques por sobre a roupa. Para melhor esclarecer, expõe-se a seguir o trecho do Resp Nº 1.661.251 onde é mencionado o voto do desembargador do TJ-GO:

Sucedede que, a meu sentir, os achaques relatados e experimentados **não têm o condão de serem penalmente qualificados como atos libidinosos. Por ato libidinoso concebo a ação comissiva que, sobretudo, satisfaz a lascívia do agente mediante toques ostensivos em regiões erógenas e/ou fricção de alguma das genitálias já desnudas, gastando-se, convenhamos, certo tempo para se atingir o ápice da carga sensorial almejada.** In casu, **Gabriela fora rapidamente apalpada em seus seios, mas ainda vestida, além suportar carícias e beijos no pescoço. Certo é que o réu, mediante força braçal, pretendeu levá-la a um terreno baldio próximo,**

mas felizmente não logrou êxito porque a vítima se desvencilhou de seu algoz.
(grifo nosso)

Para o referido desembargador, apenas se configuraria ato libidinoso se em ação comissiva o agente tocasse as regiões erógenas da vítima, contudo, desde que estivessem desnudas, pois de modo contrário não satisfaria a lascívia do agente tampouco seria ato libidinoso, conforme se extrai do seu voto. Entendimento esse diferente, por exemplo, do que sustenta Cabette (2010, p. 19) segundo o qual:

Não há necessidade de que se desnude a vítima para a configuração do crime. Um homem que, por exemplo, segure uma mulher fortemente e passe a esfregar-se lascivamente por seu corpo, ainda que sem retirar as vestes da vítima ou as suas, comete o crime de estupro. Também não há necessidade de contato físico entre o autor e vítima.

Em clara oposição ao voto mencionado no acórdão anteriormente exposto, o ministro Jorge Mussi corrigiu o acórdão e ressaltou que aquele posicionamento elencado no acórdão do TJ-GO destoava diretamente do entendimento firmado na jurisprudência do STJ, momento em que deu a seguinte decisão, trecho a seguir exposto:

(...) Do exame do exposto, verifica-se que o Tribunal local entendeu que, embora o recorrido tenha apalpado os seios da vítima, beijado e acariciado seu pescoço, o delito não teria se consumado, pois a sua finalidade seria a de praticar conjunção carnal ou algum outro ato libidinoso diverso, não tendo atingir o seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. No entanto, observa-se que o entendimento externado no acórdão objurgado destoa da jurisprudência já consolidada no âmbito deste Sodalício, que, em situações semelhantes a dos autos, manifestou-se no sentido de que o estupro se consuma com o simples contato entre agressor e vítima, quando há, por exemplo, a prática de toques voluptuosos ou beijos lascivos, não se exigindo, para tanto, a prática de atos mais invasivos, como a penetração. [...] (grifo nosso)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, dá-se provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público para afastar o reconhecimento da tentativa, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau.

A partir do voto acima exposto, depreende-se que o entendimento do STJ tem sido no sentido de que o contato com a vítima com realização de ato que configure a manifestação da lascívia já configura a consumação do delito de estupro. Nesse ponto, a seguir outros julgados que enfatizam esse posicionamento:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDUTA DELITUOSA INTERROMPIDA PELA CHEGADA DA MÃE DA VÍTIMA AO LOCAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL CONFIGURADOS. CRIME CONSUMADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1- A consumação do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) **se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes. 2 -**

No caso, o recorrido segurou o pênis da criança, após lhe retirar os shorts, tirou suas próprias calças, colocou a mão do menor sobre o seu pênis e, pedindo que a criança fizesse o mesmo, movimentou sua própria mão sobre o órgão genital da vítima, de 10 anos de idade à época dos fatos, o que, de per si, configura ato libidinoso para a consumação do delito de estupro de vulnerável. 3 - Entendeu a Corte de origem que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de agente, visto que a genitora da vítima chegou ao local durante a prática dos atos libidinosos. 4 - Não cabe a desclassificação do delito para sua forma tentada, por ser contrário à norma legal, pois os atos já praticados configuram a prática do delito em sua forma consumada. 5 - Reconhecida a contrariedade aos artigos 217-A e 14, I e II, ambos do Código Penal Brasileiro, dá-se provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau em relação ao recorrido. (REsp 1432394/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)(grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MATERIALIDADE E AUTORIA - PALAVRA DA VÍTIMA - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - IMPOSSIBILIDADE - TENTATIVA CONFIGURADA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO. I. Não se pode afastar a credibilidade à palavra da vítima quando apresenta discurso coerente e repetido sobre os fatos, em consonância com o conjunto probatório. II. Quando as condutas ofensivas extrapolam em muito a simples perturbação é impossível desclassificar o estupro para a contravenção do art. 65 da LCP. III. O fato de a vítima estar adormecida quando o réu iniciou o abuso é suficiente para comprovar a diminuição da capacidade de resistência da ofendida. IV. O grito e o pedido de socorro ao despertar, quando o acusado levantou a blusa e tocou-lhe o seio, revelam que o intento do apelante em satisfazer a lascívia não ultrapassou os atos iniciais da execução delituosa. Configurada a tentativa. (...) Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, V, a, do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/2015) c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, **dou provimento ao recurso especial para restabelecer a condenação do recorrido pela prática do delito de estupro de vulnerável em sua forma consumada, bem como a reparação por danos morais.** Publique-se. Intime-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2018. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora
(STJ - REsp: 1712232 DF 2017/0314955-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 05/03/2018) (grifo nosso)

No caso acima exposto, merece destaque o fato de a vítima ter sido tocada enquanto estava dormindo destacando-se que o juízo compreendeu essa circunstância como suficiente para comprovar a diminuição na capacidade de opor resistência e enquadrar a conduta na forma tentada do delito de estupro. Ademais, no caso acima colacionado, no juízo de primeiro grau o réu havia sido condenado a pena de 13 anos e 3 meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

Ou seja, STJ tem se posicionado no sentido de aplicar a consumação do delito de estupro a condutas libidinosas que outros tribunais têm entendido serem menos gravosas e impassíveis de serem enquadradas como estupro. Por sua vez, o STF até o momento de realização do presente trabalho monográfico, publicou o informativo nº 907 onde se menciona o julgamento do HC 128588/SP que trata de um caso envolvendo um agente que realizou as

condutas de derrubar a vítima no chão e de ter tentado “roubar um beijo” à força. Para fins de melhor esclarecer o caso, eis o informativo em questão:

A Primeira Turma iniciou julgamento de “habeas corpus” em que se discute a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 (1) do Código Penal (CP), redação anterior à Lei 12.015/2009, para a contravenção de perturbação da tranquilidade [Decreto-Lei 3.688/1941, art. 65 (2)]. **O paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito previsto no art. 214 do CP por ter derrubado a vítima no chão e tentado beijá-la à força. A defesa alega desproporcionalidade entre os fatos ocorridos e a sanção imposta. O ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a ordem a fim de desclassificar a conduta para a prevista no art. 65 da Lei das Contravenções Penais (LCP). Ressaltou que o atentado violento ao pudor, hoje enquadrado no tipo penal de estupro, deve ser reservado a situações de maior gravidade.** Assim, deve-se tomar de empréstimo, sempre que possível, o tipo previsto no art. 65 da LCP para os casos de menor gravidade. **Em seguida, com o pedido de vistas do ministro Roberto Barroso, o julgamento foi suspenso.** (1) CP: “Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos.” (2) Decreto-Lei 3.688/1941: “Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.” HC 128588/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.6.2018. (HC-128588) (grifo nosso)

Pelo fato de o julgamento acima exposto ser bastante recente, realizado em 19 de junho de 2018 e também pela circunstância de o ministro Roberto Barroso ter pedido vistas, será necessário aguardar o deslinde do julgamento para verificar qual posicionamento adotará o STF no caso mencionado. Por outro lado, inicialmente é possível perceber do voto do ministro Marco Aurélio (relator) que houve um posicionamento mais conservador no sentido de evitar a aplicação do delito de estupro deixando-o como o próprio ministro descreveu “reservado a situações de maior gravidade”.

Por sua vez, os casos têm dependido da análise do caso concreto exigindo dos magistrados a utilização da ponderação e dos princípios da proporcionalidade, ofensividade e da dignidade sexual a fim de se aproximarem o máximo possível de uma pena que seja proporcional ao injusto causado. Nos julgados acima, percebe-se que há uma clara preocupação dos magistrados em não incorrer em penas consideradas desproporcionais o que tem feito com que optem pela aplicação de delitos com penas menores tais como a contravenção de importunação ofensiva ao pudor ou até mesmo o delito de violação sexual mediante fraude.

O tecnicismo e o respeito aos princípios que regem o Direito Penal são a todo custo invocados e isso é na verdade uma prerrogativa do juiz que visa justamente proteger o ordenamento jurídico da insegurança jurídica, contudo é importante ater-se para o seguinte fato:

(...) uma excelente formação dogmática não é garantia de decisões justas (...) Mas decisões tecnicamente corretas não são necessariamente decisões justas, assim como decisões tecnicamente incorretas não são necessariamente decisões injustas. É que uma boa interpretação, na arte como no direito, mais do que técnica e razão, requer talento e sensibilidade. E a técnica jurídica é apenas um meio a serviço de um fim: a justiça (QUEIROZ, 2015, p. 51)

Dos julgados expostos percebe-se que há uma tendência observada principalmente nos tribunais inferiores de não promoverem o enquadramento de condutas compreendidas como atos libidinosos “menos graves” tais como beijos lascivos e passadas de mão em partes pudendas do corpo no delito de estupro simples, optando na maior parte das vezes pela desclassificação para a importunação ofensiva ao pudor.

Por outro lado, o STJ tem se manifestado no sentido de configurar a maior parte dos atos libidinosos como estupro na forma consumada não parecendo realizar nenhuma diferenciação entre atos “mais graves” ou “menos graves”. Por sua vez os tribunais inferiores demonstram uma maior preocupação em aplicar a pena do delito de estupro nos casos de atos libidinosos vistos pela doutrina como “menos ofensivos” por acreditarem ser uma aplicação desproporcional e desarrazoada. O presente posicionamento parece alinhar-se ao que tem preponderado na doutrina, na medida em que em face da ausência de uma gradação para as condutas libidinosas, tem preferido a doutrina optar pela não aplicação do delito de estupro em virtude de o menos ter uma pena mínima elevada de seis anos e ainda ser um crime hediondo.

5.1 Da possibilidade de um tipo penal intermediário

O delito de estupro simples previsto no art. 213 do CP em virtude da gravidade que comporta e pela pena que lhe é imputada revela o alto grau de reprovabilidade que a sociedade tem por aqueles que incorrem na violação à dignidade sexual de outrem. E quando a conduta passa a se enquadrar perfeitamente no art.217-A, que prevê o estupro de vulnerável, a pena cominada é ainda maior passando a ser de no mínimo 8 (oito) anos, enquanto que para o de estupro simples (art. 213 CP) a pena mínima é de seis anos.

Ocorre que, no caso concreto, a atribuição do crime de estupro a condutas tais como um beijo, ou toque nos seios demandará ao réu uma pena bastante elevada caso o intérprete da norma resolva enquadrá-lo no delito de estupro simples, se comparada, por exemplo, aquele que pratica o crime de homicídio (pena mínima seis anos). Não se quer afirmar que o ato de tocar o corpo de alguém seja insignificante para o Direito Penal, mas que não se percebe uma equivalência na repulsa social causada à violação de ambos os bens jurídicos tutelados. Esse tem sido na verdade o posicionamento predominante na doutrina, para a qual houve uma

omissão do legislador quando não estabeleceu uma gradação de valores e de penalidade ao elemento ato libidinoso. Nesse sentido, Nucci (2017, p.108) citando Delmanto (2000) esclarece que:

A cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor [hoje, estupro] como crime hediondo (art. 1.º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para a lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, desclassificar o delito para a contravenção do art. 61 da LCP, que, sob o nomen juris de importunação ofensiva ao pudor, pune com multa aquele que ‘importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor’; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato atípico. Grifo nosso

No momento de se determinar em qual delito amolda-se o fato, eis que o intérprete tem se encontrado em meio a dois extremos: realizar a imputação com fundamento na pena elevada do crime de estupro ou recorrer-se da contravenção de importunação ofensiva ao pudor com o fito de não pecar pela desproporcionalidade. Ademais, pode o intérprete a depender do caso concreto socorrer-se do delito previsto no art. 215 do CP na hipótese em que o caput menciona a situação de “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Contudo, a doutrina e especificamente Nucci (2017) e Bitencourt (2017) e Greco (2017) têm apontado que nessa hipótese é necessário que o meio se constitua semelhante a uma fraude, fato esse que dificilmente se amolda as situações de violência sexual nos espaços públicos.

Ou seja, se o intérprete também compreender que se exige na segunda hipótese um meio semelhante a uma fraude, dificilmente optarão pelo delito do art. 215 do CP na medida que a exigência de que o meio se constitua semelhante a uma fraude é hipótese que exclui, por si só, inúmeros casos de violência sexual mediante ato libidinoso, pois a prova da equiparação à fraude dificilmente amolda-se ao caso concreto.

Outrossim, a exigência de que o meio se constitua semelhante a uma fraude pode, inclusive, ser a razão desse delito ser usualmente pouco aplicado, conforme o próprio Nucci (2017) tem sustentado. Para este autor, o presente delito além de ser pouco utilizado, sequer deveria continuar existindo porque poucos são os casos na jurisprudência, bem como por acreditar que esses casos poderiam ser resolvidos na esfera civil com danos materiais e/ou morais (NUCCI, 2017, p.109).

Por outro lado, não se deve descuidar do aspecto de que essa previsão genérica ou analógica — ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade

da vítima — deve assemelhar-se à fraude, isto é, deve ser meio que tenha a mesma capacidade de ludibriar a vítima, desde que não chegue ao extremo de inviabilizar a sua livre manifestação de vontade (BITENCOURT, 2014, p. 59).

Nesse sentido, "se é correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas" (PRADO, 2008, p.6).

Conforme exposto no tópico atinente aos atos libidinosos, a doutrina majoritária aqui representada por Prado (2008, p. 6); Delmanto (2010, p. 392), Bitencourt (2008, p.9), Costa Junior (2011, p. 857); Cabette (2010, p. 21); Cunha (2016, p. 54) e Greco (2017) sustentam que há graus diferentes de reprovabilidade entre os atos libidinosos, tais como sexo oral e anal e as apalpadelas nos seios, nádegas, beijos lascivos de modo que alguns seriam menos graves e não deveriam ser aplicados no delito de estupro simples por ofenderem o princípio da proporcionalidade das penas.

Alguns autores tais como Cabette (2010) e Biencourt (2014) expressam que há uma cláusula aberta, de modo que cabe ao magistrado definir no caso concreto e para tanto deve ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No que tange à importunação ofensiva ao pudor, além de ser aplicada somente nos casos em que o ato ocorra em lugar público, limita-se à penalidade de multa. Tais fatos fomentam nas vítimas a sensação de impunidade aliado a um descrédito das mesmas nas instituições responsáveis por promover a punição. Muitos fatores concorrem para essa sensação visto que na maioria dos casos o agente sequer cumprirá essa pena, como a seguir se explicará:

Não obstante, a pena de multa fixada para tal contravenção, em regra, não será aplicada por já estar prescrita. Os processos que envolvem crimes contra a dignidade sexual não se findam brevemente, em razão da exigência de provas robustas para a comprovação do crime. **Assim, até que se conclua a instrução do processo e sobrevenha a decisão de desclassificação, muito possivelmente, será declarada a extinção da punibilidade do agente, já que a prescrição ocorre em apenas dois anos** (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63) grifo nosso

Dentro desta perspectiva, os julgados expostos no decorrer do presente trabalho, demonstram o quanto tem ocorrido uma oscilação nos tribunais e também na doutrina, de modo que não se tem um consenso sobre o que seria o ato libidinoso, bem como, qual seria a aplicação 'justa' da norma ao delito praticado pelo agente. No entanto, esse fato propicia um ambiente de insegurança jurídica e reflete a necessidade de criação de um tipo penal intermediário que supra o impasse causado pela aplicação de penas tão distintas a casos, por vezes, semelhantes.

Para que a escolha não permaneça sobre dois extremos que na prática transparecem um receio exacerbado do intérprete de ferir os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da intervenção mínima, é patente a necessidade de se solucionar o problema. Nesse sentido, “Há urgência na criação de uma forma de estupro privilegiado, considerado crime, mas cujo tipo penal descreva conduta intermediária entre o estupro propriamente dito do art. 213 do CP e a importunação ofensiva ao pudor da Lei de Contravenções Penais” (NUCCI, 2017, p.102).

Por esse ângulo, um tipo penal intermediário mostra-se uma alternativa viável, pois “quando a descrição for inadequada, ou ainda quando o rigor for excessivo, sem trazer em contrapartida a eficácia pretendida, o dispositivo incriminador padecerá de insuperável vício de incompatibilidade vertical com os princípios do sistema penal” (CAPEZ. 2011, p. 41).

Para o caso de não deixar o ato passar impune tampouco apenar o acusado de forma desproporcional para a lesão causada (um exemplo disso são os casos dos famosas “encoxadas” em metrô e ônibus, ou de mulheres que têm suas partes íntimas fotografadas dentro de coletivos) a criação de um tipo intermediário tem sido apontado como alternativa bastante viável. Afinal de contas, seguirão todos os agentes ao pagamento de multa sempre? E se sim, qual a probabilidade de que sejam efetivamente obrigados a cumprir com a punibilidade se o próprio decorrer do processo se opera, no que tange à celeridade, de forma positiva ao agente?

Conforme defende Nucci (2017, p. 108) “Tratando-se de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 213”. Ou seja, a necessidade de facilitar a interpretação do magistrado, bem como, de definir pena mais “justa” e dentro dos parâmetros estabelecidos pelos princípios da proporcionalidade, da taxatividade, e da intervenção mínima a alternativa de um tipo intermediário tem se mostrado bastante necessária.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional dois projetos sobre a temática, são eles o PL 5452/2016 e o PL n° 312 de 2017 ambos com origem no Senado. O PL 5452/2016 é de autoria da senadora Vanessa Grazziotin - PCdoB/AM e foi aprovado pelo Plenário da Câmara na data 7 (sete) de março de 2018. Atualmente o projeto segue para o Senado Federal, pois segundo a Agência Câmara Notícias, a matéria foi aprovada na forma de um substitutivo⁷ da relatora e deputada Laura Carneiro (sem partido-RJ) e agora retornará ao Senado devido as alterações propostas.

⁷ Nome que se dá ao texto que altera substancialmente o conteúdo original da proposta. O substitutivo é apresentado pelo relator e tem preferência na votação sobre o projeto original.

O projeto tem várias alterações atinentes ao capítulo dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes contra vulneráveis, dentre elas prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos para quem oferecer, vender, gravar ou divulgar cenas de estupro ou estupro de vulnerável, bem como, altera as agravantes (aumento de pena) nos crimes contra a liberdade sexual e contra vulneráveis e define que a ação penal nos crimes sexuais serão movidas pelo Ministério Público ainda que a vítima seja maior de 18 anos.

O substitutivo revoga o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) e tipifica os crimes de importunação sexual, de divulgação de cena de estupro e de incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual, conforme a seguir e expõe a seguir:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 215-A:
“Importunação sexual”

Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena

– reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.”

Vê-se, portanto, que houve uma preocupação do legislador de criar um tipo penal com pena mais grave, haja vista que o projeto prevê pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos diferindo drasticamente da anterior pena pecuniária prevista pelo artigo 61 da Lei de contravenções penais. Ademais, observa-se que em virtude da pena cominada, o delito sairá da competência dos Juizados Especiais Criminais, onde se prioriza a resolução meramente consensual e menos penosa ao agente. Por outro lado, ressalte-se que poderá haver uma perda no que tange à celeridade, visto que os juizados especiais foram inicialmente criados para solucionar de forma mais ágil determinados casos.

Necessário destacar, também, que o tipo não faz menção à exigência de que o delito seja cometido em ambiente público, o que dá uma abrangência bem maior aos casos que poderão ser enquadrados, haja vista que a contravenção de importunação ofensiva ao pudor apenas se consuma em lugar público. O projeto inclusive prevê causa de aumento de pena de 1/3 se o crime se o crime for cometido em local público, ou que seja aberto ao público, ou com grande aglomeração de pessoas ou em meio de transporte público, durante a noite em lugar ermo, com o emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima. A seguir o trecho com as agravantes:

Art. 6º O art. 226 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 226. A pena é aumentada de:

I – um terço, se o crime é cometido: a) em local público, aberto ao público ou com grande aglomeração de pessoas, ou em meio de transporte público; b) durante a noite, em lugar ermo, com o emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima;

II – metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

IV – um a dois terços, se o crime é praticado:

IV – um a dois terços, se o crime é praticado: Estupro coletivo a) em concurso de dois ou mais agentes; Estupro corretivo b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.”(NR)

O tipo permitirá que atos libidinosos tais como uma passada de mão nas pernas, bunda, ou seios da vítima, ou até mesmo uma ejaculação possam, a depender do caso concreto, serem enquadrados nesse delito, sem que ocorra ao intérprete o receio de pecar pelo excesso de punibilidade ao ter que optar pelo delito de estupro simples (art. 213 do CP). O projeto que foi criado em 2016, previa apenas a tipificação das condutas de divulgação de cena de estupro, bem como, de causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Contudo, já no momento de apreciação pela Câmara dos deputados, a relatora ressaltou a inclusão de novas condutas, dentre elas a do delito de importunação sexual.

É muito provável que as alterações propostas sejam um reflexo da pressão causada pelos acontecimentos do último ano (2017) principalmente o caso em que a ejaculação de um homem em uma mulher num coletivo gerou grande sentimento de revolta entre muitas mulheres. Outro fato notório é, também, a repercussão que os casos de assédio têm ganhado entre as mulheres, nas mídias e consequentemente nos debates públicos. A seguir, a primeira ementa do PL 5452/2016 e a ementa após as alterações propostas pela relatora Laura Carneiro (sem partido-RJ):

Ementa

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.

NOVA EMENTA: Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

Além do crime de importunação sexual o projeto prevê a criação do delito de Induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual inserindo no CP o Art. 218-D. Ademais prevê a criação do delito de Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual conforme a seguir se expõe:

“Induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual Art. 218-D. Induzir ou instigar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual:
Pena – detenção, de um a três anos.
Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual
Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, publicamente, incita ou faz apologia de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor. ”

A criação dos tipos supramencionados sugere uma preocupação do legislador em punir não só aqueles que efetivamente praticam o delito, como também quem fomenta o ato propagando formas de fazê-lo, expondo os locais mais fáceis de encontrar vítimas ou de realizar as condutas. No decorrer deste trabalho, foi exposto a existência de inúmeros sites que divulgam lugares, formas de fazer e relatos de pessoas que comumente realizam tais condutas. Em entrevista à Agência Câmara Notícias (2018) a relatora Laura Carneiro explicou que o tipo objetiva inibir, por exemplo, sites que ensinam como estuprar e que indicam os melhores lugares para encontrar vítimas.

Atualmente o status do projeto encontra-se em “aguardando apreciação pelo Senado Federal”. Por sua vez, há um segundo projeto de autoria da Senadora Marta Suplicy (PMDB/SP) O PL nº 312 de 2017 que objetiva criar o delito de molestamento sexual com previsão de pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos aquele que constranger ou molestar alguém mediante violência ou grave ameaça à prática de ato diverso do estupro. A seguir a ementa do projeto:

Ementa:
Altera o Código Penal para prever o crime de molestamento sexual e o Código de Processo Penal para modificar as hipóteses de internação provisória.

Explicação
Designa pena de reclusão, de 3 a 6 anos, a quem constranger ou molestar alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso do estupro.

Esse projeto, por seu turno, além de prevê pena maior, exige que a prática da conduta seja realizada mediante violência ou grave ameaça, requisito que por sua vez, pode obstar o enquadramento de muitas situações tais como o caso ocorrido do agente que ejaculou na vítima no ônibus enquanto ela dormia. A situação de imprecisão na aplicação do tipo poderá ocorrer visto que a doutrina exige que essa violência seja física, com emprego de força ou uso de arma, violência moral mediante grave ameaça.

O requisito violência, diferente do crime previsto no projeto anterior, poderá restringir bastante o emprego do dispositivo. Contudo, é também uma alternativa que vem sendo proposta pelo legislativo e prevê pena intermediária em comparação às atualmente empregadas nos delitos de estupro e de importunação ofensiva ao pudor. Até o decorrer desta

pesquisa, o status do projeto encontrava-se remetido à Câmara dos deputados pois já havia sido aprovado pela Comissão em decisão terminativa.

Diante do exposto, compreende-se que há uma lacuna no momento de aferição dos crimes que se configuram mediante atos libidinosos, e os juízes e tribunais têm optado por enquadrá-las na contravenção de importunação ofensiva ao pudor, ou na forma tentativa ou consumada do delito de estupro, e em alguns casos recorrendo ao delito de violação sexual mediante fraude. No entanto, com o fito de facilitar a escolha do intérprete, bem como, de promover um alcance maior de condutas que violam a dignidade sexual de outrem, mas que atualmente são vistas como inofensivas ao direito penal, a criação de um tipo penal intermediário entre o crime de estupro e a contravenção de importunação tem se mostrado uma alternativa viável.

Os projetos de lei acima mencionados, inclusive, revelam que a sociedade e o próprio legislador já se deu conta dessa necessidade e tem buscado sanar o problema com a criação de um novo tipo, fato este que demandará do trâmite no Congresso Nacional no sentido de aprovar o projeto e ratificar a criação do delito.

5.2 Do conceito de violência exigido pelos tipos penais e sua relação com a violência de gênero

É através do Direito Penal que o Estado visa proteger os bens jurídicos compreendidos como os mais importantes para a sociedade. Nessa perspectiva, o conceito de violência assume relevante importância na medida em que a sua mensuração norteia o legislador a conclamar que tipos penais instituir e quais bens jurídicos proteger.

No que tange à violência perpetrada contra as mulheres, necessário se faz ressaltar o quanto a história tem comprovado a situação de exclusão e de silenciamento que contribuiu para inúmeras limitações sociais e de direitos desse grupo. A concepção da maternidade forçada, do sexo como débito conjugal, da atribuição de objeto do pecado para o qual o homem supostamente não consegue conter-se, ou até mesmo a ideia de inferioridade intelectual defendida por tantos filósofos, contribuiriam sobremaneira para a perpetuação da desigualdade de gênero em inúmeros aspectos.

Essa desigualdade pode ser percebida mediante leis, políticas públicas e nos próprios espaços urbanos que parecem ter sido criados ignorando as particularidades das mulheres. Um exemplo disso, é o conceito de violência adotado no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, por exemplo, o delito de estupro. Para a consumação desse crime, conforme

já exposto, exige-se que o termo violência seja reconhecido somente se houver a prática da força física, da força corporal e da negativa bastante clara de resistência da vítima, como a seguir se expõe:

O termo violência empregado no texto legal significa a força física, material, a *vis corporalis*, com a finalidade de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A violência poderá ser imediata, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e mediata, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada (BITENCOURT, 2014, P. 44).

Há autores que já defenderam, inclusive, que haveria a necessidade de se demonstrar uma desproporção de forças, de modo que a vítima padecesse até o cansaço para que só então restasse inquestionável a violência perpetrada pelo ato.

(...) se não houver uma desproporção de forças do homem com relação à mulher, se a vítima não desmaiar prostrada pela fadiga, se o agente não empregar narcóticos ou instrumentos contundentes, deixando-a inanimada, dificilmente será consumado o coito. Quando muito, a tentativa de introdução do órgão, ou a cópula vestibular. Os movimentos da bacia, somados à resistência, desde que positiva e cruenta, impedirão o *summarum opus* (...) (JUNIOR COSTA, 2002, p. 714).

Essa também é a opinião de Greco (2017, p. 74) para o qual a violência do delito de estupro consiste na utilização da força física objetivando subjugar a vítima para o ato sexual, tanto que considera que as vias de fato e as lesões corporais de natureza leve são absorvidas pelo tipo.

Dentro desse contexto, não é surpreendente imaginar que as condutas de ejacular na vítima sem pressionar o corpo da mesma, de tocar por cima da roupa, ou de esfregar-se no corpo da mesma em locais que facilitem o contato em muitos casos não são sejam consideradas pelo intérprete e pelo próprio legislador como situações de violência, grave ameaça ou que demonstrem oposição mediante negativa e resistência da vítima.

Contudo, se as pesquisas apontadas no decorrer deste trabalho monográfico demonstram o quanto essas condutas são vistas de forma negativa pelas mulheres e compreendidas não só como desrespeitosas, mas também, como violentas, então é possível concluir que o padrão jurídico de violência não alcançou em sua totalidade as vozes das mulheres sobre o que seja violência. Nesse viés, “o direito, androcêntrico, centra o crime de estupro na penetração e toma como seu principal “agente” o pênis, embora as destinatárias da norma protetiva sejam as mulheres, que não necessariamente percebem o estupro em termos falocentros” (LOIS; TAVARES, 2016, p. 163).

Elucidando sobre essa perspectiva jurídica, Lois e Tavares (2016, p. 165) citando MacKinnon (1989) esclarecem que essa demarcação jurídica do que seja violência é definida sob o ponto de vista masculino:

Muitas mulheres são estupradas por homens que sabem o significado de seus atos para as mulheres e continuam assim mesmo. Mas mulheres também são violadas todos os dias por homens que não têm a menor ideia do significado de seus atos para as mulheres. Para eles, é sexo. Portanto, para o direito, é sexo. Essa é a realidade única do que aconteceu.

Para essa autora a definição de violência sexual parte de um critério exclusivamente masculino, segundo o qual, se não houve forte resistência, ou se não houve penetração na vítima sequer houve estupro (MACKINNON, 1983). As decisões mencionadas no decorrer deste trabalho expõem o quanto essa deliberação sobre definir se foi ato libidinoso ou não e se houve emprego de violência ou grave ameaça variam muito entre os juízes e inclusive na própria doutrina.

Embora a lei tenha sido criada com o fim de inibir e punir a violência, termina por acentuar a divisão sexual e a desigualdade de gênero, “Estruturas de dominação não se transformam meramente através da legislação” (SAFFIOTI, 2001, p.15).

A aplicação prática da lei demonstra que embora o ordenamento jurídico se oponha à conduta, no caso concreto enfrenta problemas para efetivar a responsabilização do agente e principalmente a proteção da vítima, pois “enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências (...) à luz do sistema de ideias justificador do presente estado de coisas” (SAFFIOTI, 2001, p.15).

Como é a ideologia patriarcal que orienta os costumes sexuais de homens e mulheres, o estupro é definido a partir do que os homens entendem que as mulheres deveriam considerar estupro e não, o que elas consideram. Assim, a configuração ideal do estupro teria uma jovem, branca, virgem e de classe média (ou alta) que expressamente dissesse a palavra “não” e se digladiasse ferozmente contra um homem adulto, negro e de classe baixa. Qualquer descrição diferente levantaria suspeitas sobre a existência do estupro e levaria à interpretação de que a mulher teria dado seu consentimento (LOIS; TAVARES, 2016, p. 165).

A conceituação outorgada pela lei sobre o que seja a violência e sobre o que seja o estupro reflete nada mais que uma estrutura de dominação que comumente utiliza-se de comportamentos, vestes, divisão de tarefas, objetificação do corpo feminino para manter a mulher em situação de inferioridade e passividade.

Todo o sistema contribui para a manutenção desse status e as mulheres pouco conseguem perceber-se como dominadas, principalmente por conta da naturalização das condutas visto que “a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica, tendendo a ratificar a dominação masculina na qual se funda” (BOURDIEU, 1998, p.15).

Nessa perspectiva “tendo-se o gênero como categoria de análise, logo se percebe que as relações entre os sexos se estabelecem sob uma determinada estrutura de poder, cujo objetivo é garantir o controle do comportamento (...) e da sexualidade das mulheres” (SAUAIA; PASSOS, 2016, p. 139).

O sistema de desigualdade no qual a mulher está inserida não foi objeto de consenso, não optou ela por estar nessa condição, tampouco foi fruto da noção de que traria um benefício para a humanidade (MILL, 2006, p.184). A lei é um resultado de uma emblemática relação de poder, no qual o homem é tomado como parâmetro “as leis e os sistemas sociais sempre começam por reconhecer as relações já existentes entre os indivíduos” (MILL, 2006, p.184).

Por esses motivos que aliados à existência da tipificação de um delito intermediário que criminalize as condutas de violência sexual e de divulgação ou apologia aos crimes de estupro devem somar-se outras medidas que trabalhem a relação de gênero e que quebrem os paradigmas sociais que vinculam a mulher a uma posição de inferioridade e de desigualdade social. O problema reside inicialmente na relação de poder estabelecida entre homens e mulheres sendo a conduta criminosa apenas um reflexo dessa desigualdade social.

5.2 O mito do homem incontrolável e da mulher sedutora - propostas de intervenção nos casos de violência sexual

De fato, existem homens que possuem desvios sexuais que podem ser enquadrados em transtornos mentais que os façam propensos abusadores. Pesquisas revelam que muitos criminosos dos delitos de estupro já passaram por um histórico traumático na infância ou de exposição a casos de violência doméstica, fazendo com que em muitos casos manifestem essa raiva reprimida mediante a prática criminosa (REGHELIN, 2018, p. 96).

Contudo, nos delitos de estupro e outras violações sexuais, é importante ter cuidado com essas generalizações, nesse sentido, Nucci (2015) citando Groth e Birnbaum (1979) esclarece que:

“Descrever o estuprador como um tarado sexual é não apenas uma exagerada simplificação mas também não acurada. O estupro não é uma expressão de desejo sexual tanto quanto qualquer outra necessidade não sexual. O estupro não é o simples

resultado de excitação sexual que não tenha outra oportunidade para satisfação. Em verdade, um terço dos ofensores com os quais trabalhamos eram casados e sexualmente ativos com suas esposas ao tempo de seus crimes” (A. Nicholas Groth & H. Jean Birnbaum, *Men who rape. The psychology of the offender*, p. 5, traduzi).

Nessa mesma linha de raciocínio, Campos et al (2017, p. 985) citando Herman (1989) esclarecem que inúmeras pesquisas comprovam que a relação entre o comportamento feminino e a prática do delito de estupro não são verdadeiras, pois, pesquisas demonstraram que em 82% dos casos o estupro foi planejado e em raros casos ele ocorreu por impulso, bem como, que a maioria dos estupradores têm personalidade, aparência e comportamento sexuais normais (HERMAN, 1984). Ademais, merece destaque o fato de que “entre 65% e 85%, nos casos de abuso sexual infantil, o abusador costuma ser um familiar ou alguém próximo à vítima, como vizinhos, treinadores, professores” (REGHELIN, 2018, p. 95)

Nesse mesmo sentido, pesquisa realizada na cidade de São Paulo por Saffioti (1992) demonstrou que as meninas são em 95,2% dos casos as principais vítimas dos agressores sexuais e que a faixa de idade de 7 a 10 anos possui a maior incidência. Ou seja, embora as vítimas mais comuns de assédio e violações sexuais sejam mulheres entre 16 a 24 anos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016), as principais vítimas de estupro são as crianças e preferencialmente as meninas. “É mais provável que o desejo de afirmação de poder seja a componente mais importante, embora não se elimine a possibilidade de o desejo sexual também estar presente” (SAFFIOTI, p. 459).

No tocante a um suposto perfil de agressor ou de abusador se-xual, expressão que evitamos utilizar por sua atecnicidade, **segundo Re-dondo Illescas206, há alguns mitos a desfazer, primeiramente: “las perso-nas condenadas por delitos sexuales no suelen tener un perfil de violador sistemático”**. Quanto ao tempo de duração das penas no caso de delitos sexuais, estes apresentam, geralmente, **penas mais longas do que a dos demais delitos. Isto faz com que haja uma maior representatividade deste tipo de delinquência nas penitenciárias. Disto, possivelmente, decorram alguns mitos, inclusive a ideia do criminoso sexual como predador.** (REGHELIN, 2018, p. 95, grifo nosso).

Ademais, é importante destacar que tanto podem ser sujeitos ativos desses delitos os homens, como também mulheres. Contudo, “historicamente se sabe que a vítima desse crime é preferencialmente a mulher, com valores que se encontram entre 85 a 88% dos casos. Em relação aos agressores, estima-se que em torno de 90% ou mais são homens” (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Portanto, a afirmação apressada de que todo violador sexual seja na verdade um tarado, ou maníaco com transtornos mentais, bem como, a afirmação de que os homens são incapazes de se controlarem diante do corpo feminino não se sustentam. Esse tipo de afirmação

fomenta a ideia de ausência de culpabilidade e responsabilidade do agente e fortalece a ideia de que as mulheres são as culpadas pelos estupros que sofrem. Tal fato impacta diretamente no próprio receio das vítimas de efetuar denúncias, haja vista que seu depoimento poderá ser a todo momento desacreditado.

Contudo, é importante ressaltar que por muito tempo se sustentou a ideia de que a mulher é um ser extremamente atraente e sexual e que naturalmente seduz o homem com o seu corpo de modo que esse não consegue conter-se. No entanto, a imagem do feminino nada mais é que uma criação social, resultado de um processo de sociabilização que criam essas premissas e as fazem parecerem naturais aos olhos dos indivíduos. É mediante o processo de educação que os indivíduos passam a se tornarem homens e mulheres, antes disso eles apenas nascem fêmea ou macho, a identidade social será fruto da construção social (SAFFIOTI, 1987, p. 10).

Essa sociabilização também atinge os homens, pois passam a reproduzir sua masculinidade exercendo determinadas prerrogativas que acreditam ser inatas, mas que na verdade nada mais são que um conjunto de privilégios concedido pela sociedade através do processo de sociabilização. Um exemplo disso é a predisposição a achar-se dono, possuidor da mulher, ou também de ter livre acesso ao corpo feminino independente de consentimento.

É por essas e outras causas que os metrô femininos e ônibus exclusivamente femininos são inviáveis para pôr fim a incidência desses crimes, pois se afastam da raiz do problema que é a desigualdade de gênero, “Este fato supõe autorizar a pensar em uma forma de secundarizar a violência contra as mulheres, ao determinar que um espaço público seguro para as mulheres deve ser livre da presença de homens” (SANTOS, 2015, p. 36).

Ademais, é necessário destacar que a Terceira Turma do STJ mediante o Recurso Especial Nº 1.662.551 - SP (2017/0063990-2) proferiu decisão no sentido de que nos casos de violência sexual ocorridos dentro de metrô, por exemplo, a empresa responsável deve responder pelos danos morais sofridos pela vítima nos casos de ato libidinoso ou assédio sexual praticado por outro usuário, no interior de um vagão. A via indenizatória desse modo pode ser também uma alternativa na medida em que tem preponderado o entendimento de que cabe à empresa de transporte zelar pela segurança dos usuários e propor formas de evitar esses tipos de casos.

Diante dessa problemática é imprescindível que sejam implementadas políticas públicas de combate à violência de gênero e que incentivem as mulheres a denunciar os casos à polícia. O aumento das denúncias sobre assédio e violência sexual permitirão que os governos locais tenham dados que evidenciem a extensão do problema e também para que a polícia registre os casos de reincidência.

Por sua vez, a implementação de cursos de reeducação do agressor sobre questões de gênero e violência poderão propiciar ao criminoso a oportunidade de tomar conhecimento da situação de desigualdade social a qual as mulheres se encontram, da reprovabilidade de sua conduta e principalmente da importância de se respeitar o espaço e o corpo das mulheres. Somente o encarceramento não conseguirá restabelecer o agressor, na verdade poderá inclusive fazer com que retorne ainda pior. E no que tange principalmente aos criminosos primários poderá ser uma forma de evitar a reincidência, “Aliás, não poderia ser diferente, porque a lei é apenas um marco simbólico de conquistas políticas; não é, pois, nem seu começo nem seu fim, mas sua continuação por outros meios” (QUEIROZ, 2015, p. 49)

No Estado de São Paulo, por exemplo, a juíza Tatiane Moreira Lima (que inclusive ficou refém de um homem por mais de 30 minutos ameaçando sua vida dentro do próprio gabinete) criou um projeto que consiste na realização de um curso para tratamento de agressores de violência doméstica. O curso é ministrado por psicólogos e assistentes sociais e visa mudar a postura do agressor e evitar a reincidência. Além disso, o curso oferece ao agressor uma possibilidade de diminuição da pena caso frequente todas as aulas e venha a ser condenado, segundo informa o site G1 São Paulo.

Outra iniciativa é o projeto “Tempo de despertar” criado pela promotora Gabriela Manssur em Taboão da Serra (SP). O objetivo dos grupos do projeto é promover a reflexão em homens que agrediram mulheres, segundo informa o site Carta Capital. Há outras propostas semelhantes a essas pelo Brasil e o primeiro grupo a ser criado foi o denominado “Grupo Reflexivo de Homens: Por uma Atitude de Paz”, criado pela promotora Erica Canuto, do Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica (NAMVID) do Ministério Público do Rio Grande do Norte, ainda segundo o site Carta Capital, onde se tem comemorado a taxa zero de reincidência no crime.

Iniciativas como essas podem ser criadas, também, para os agentes dos crimes de importunação sexual e de estupro visto que no cerne de suas condutas há um fundamento na violência de gênero. Ademais, a possibilidade de a participação nos cursos implicar uma diminuição da pena pode até mesmo favorecer a aceitação por parte dos agentes.

Segundo o site Metrôpoles, em 2015 um coletivo de ONGs entregou à Secretaria de Transporte de São Paulo um documento com 18 páginas intitulado “Busão dos Sonhos” onde são apontadas as principais medidas que podem ser adotadas para a melhoria do transporte público, incluindo a pauta do assédio. Dentre as propostas apontadas estão: ter mais ônibus e ponto de ônibus, ruas iluminadas e frotas maiores, tudo isto com o fito de melhorar a mobilidade

e o espaço para as mulheres. Basicamente são medidas que no cotidiano podem trazer inúmeras melhoras para a vida diária de milhares de brasileiras e que deveriam ser aplicadas em todas as cidades.

Em entrevista ao site Metrópole, a coordenadora da campanha Cidades Seguras para as Mulheres no Brasil, a senhora Glauce Arzua, esclareceu que “a violência e o assédio nos espaços públicos impedem as mulheres de quebrarem os ciclos de pobreza em que vivem, limitando seu acesso ao estudo e ao trabalho”. Ou seja, a violência de gênero materializada sob a forma de assédio e estupro limita em vários aspectos as vidas de milhares de mulheres, impedindo-as de exercer o seu direito à locomoção, à liberdade, ao próprio exercício da cidadania.

A possibilidade de tráfegar sem o medo de ser violada, de não precisar desistir de um curso porque o turno noturno pode significar perigo de vida, de não precisar voltar para casa antes da entrevista de um emprego porque um homem sujou sua roupa de sêmen, ou deixar de divertir-se porque a rua é dos homens e a noite principalmente, são umas das tantas preocupações que perpassam o dia a dia de milhares de mulheres de todas as idades. Portanto, vê-se que o Direito e todas as demais instituições da sociedade devem caminhar juntos no sentido de promover o fim das desigualdades de gênero de modo que as mulheres possam ter a oportunidade e a felicidade de serem tratadas com respeito simplesmente por serem o que são: cidadãs de direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres foram historicamente condicionadas ao ambiente doméstico e tratadas como um ser inferior sujeito ao domínio masculino. Quando não era reduzida a um simples ventre, o era como propriedade, como objeto sexual ou como serviçal da família e principalmente do marido. Essa concepção foi responsável por fortalecer o poderio dos homens e a validar o patriarcado colaborando diretamente para uma sociedade pautada na desigualdade de gênero.

No Brasil, país onde 86% das mulheres já afirmou ter sido vítima de assédio em ambientes públicos, é desolador saber que a maioria dos casos sequer é notificado e que as mulheres, por vezes, precisem abdicar do lazer, do estudo ou até mesmo de oportunidades de emprego por medo da violência. A impressão é de que o espaço urbano é domínio exclusivo dos homens sendo as mulheres as intrusas que ousam ocupá-lo.

O desinteresse em comunicar os casos de violência sexual refletem, na maior parte dos casos, o medo das mulheres de serem culpabilizadas ou desacreditadas em seus relatos, pois é bastante comum que se questione a roupa que a vítima usava ou em que horário “ousou” sair desacompanhada. Esse discurso acompanha uma sociedade que tantas vezes naturaliza a violência contra a mulher ao criar inúmeras restrições e comportamentos sociais que controlam o corpo e o espaço feminino e que concedem aos homens a falsa percepção de posse sobre o corpo feminino.

Dentro desse contexto, no decorrer deste trabalho percebeu-se que o Judiciário tem preferido realizar o enquadramento de condutas tais como, toques nos seios, nádegas, ejaculações como importunação ofensiva ao pudor ou na forma tentada do delito de estupro. Essa escolha tem se amparado no apego aos princípios da proporcionalidade e ofensividade, por entenderem que a pena cominada pelo delito de estupro mostra-se desproporcional para as formas de atos libidinosos considerados “menos graves”. O STJ, por sua vez, é o que mais tem preponderado no sentido de aplicar especificamente o que prevê o caput do art. 213 do CP, abarcando todos os tipos de atos libidinosos, constância esta que não se tem observado nos tribunais inferiores.

Percebeu-se que a maior parte da doutrina aponta para a existência de uma lacuna deixada pelo legislador e que termina sendo absorvida pelo magistrado que se vê na função de delimitar quais seriam os atos libidinosos menos ou mais graves. Contudo, a doutrina tem apontado que os atos libidinosos menos graves tais como beijos lascivos, toques, apalpadelas,

“acoxamentos” não devem ser enquadrados na hipótese de estupro simples em virtude da penalidade cominada violar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, a ausência de delimitação pelo legislador de uma gradação entre a reprovabilidade dos atos libidinosos e a respectiva pena cominada, bem como, a exigência de violência ou grave ameaça têm fomentado em muitos casos a hipótese de desclassificação do delito de estupro ou de importunação sexual mediante fraude para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Contudo, como essa contravenção prevê unicamente a penalidade de multa, isso termina por fortalecer o descrédito das vítimas nas instituições do Sistema de Justiça. Parece razoável que elas passem a se questionar se vale a pena expor-se a um demorado processo judicial tendo que comparecer à delegacia e fórum, para ao final ver que o agente pagou uma multa ou que sequer pagou a multa pois ocorreu a prescrição. Aliás, se a pena cominada é de multa, quanto vale a dignidade sexual de alguém?

Por outro lado, não se pode obrigar que o magistrado opte por adequar todos os casos ao delito de estupro com o fim de sanar uma provável prevenção geral positiva que pode revestir-se de vingança. O magistrado precisa adequar o caso e o discurso aos requisitos da lei e aos princípios que regem o Direito Penal. Contudo, essa interpretação não pode ser usada sempre para beneficiar o réu, na medida em que a jurisprudência tem demonstrado que a margem de subjetividade conferida pelo legislador ao intérprete, por vezes, tem sido utilizada em desfavor das vítimas.

Alguns casos expostos demonstraram ser comum que o juízo opte por desconsiderar os fatos que não se tenham operado com forte presença de violência corporal física. E a presença de forte violência física nem sempre faz parte dos casos de violência sexual que ocorrem nos espaços públicos tais como em metrô, ônibus e ruas. Essa situação, inclusive, evidencia uma visão meramente masculina do que seja o estupro e a violência sexual contra a mulher, principalmente se considerado que as decisões têm optado por enquadrar como estupro apenas os casos em que há penetração vaginal ou nítida prática de sexo oral ou anal com emprego de violência física contra a vítima.

Além disso, o criminoso tampouco passa por qualquer tratamento ou curso para educação sobre gênero de forma que pudesse, então, refletir sobre a conduta reprovável para fins de evitar reincidências. Atrelado a este fato, mesmo os juízes que optam por enquadrar os casos no delito de estupro simples (art. 213 do CP) enfrentam resistência por parte da doutrina e da jurisprudência que veem esse enquadramento como desproporcional por ter o delito de estupro pena de reclusão de no mínimo seis anos e ser um crime hediondo.

Em virtude desse impasse jurídico, a criação de um tipo penal intermediário entre o delito de estupro e o da contravenção de importunação ofensiva ao pudor mostra-se uma alternativa, pois poderá trazer ao intérprete uma pena mais equivalente à reprovabilidade da conduta. A previsão de uma pena intermediária auxiliará o intérprete no momento de aferir uma penalidade que julgue proporcional à conduta praticada.

Por sua vez, poderá servir como forma de inibir a prática delitiva visto que o próprio agente por vezes tende a compreender a conduta como simples incômodo à vítima. Ressalte-se que essa última, na maior parte das vezes é uma menina entre sete a dez anos ou uma mulher jovem entre 16 a 23 anos, e em muitos casos negra. Tal fato, inclusive, pode ser um reflexo da maior vulnerabilidade das mulheres negras que, por vezes, fazem parte do quantitativo de mulheres mais expostas às desigualdades sociais.

O PL 5452/2016 que objetiva a criação do delito de importunação sexual tualmente mostra-se uma alternativa na medida em que a pena cominada é menos onerosa que o delito de estupro. No mais, possui penalidade muito mais incisiva que a penalidade de multa prevista na contravenção de importunação ofensiva ao pudor. Ademais, tendo em vista que o substitutivo do projeto também prevê a criação do crime de incitação ao estupro, tal delito poderá ser utilizado para os casos de grupos e páginas na internet que incitem a prática delituosa.

Por sua vez, o delito de violação sexual mediante fraude não tem sido apontado como uma alternativa pela grande maioria da doutrina, na medida em que muitos doutrinadores exigem que na hipótese de “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” que a vontade da vítima seja semelhante a um estado de suposta fraude. Essa exigência parece se refletir também na escolha dos operadores do direito, na medida em que a jurisprudência aponta pouquíssimos casos em que tenham optado por esse delito quando há a prática de ato libidinoso e não exista uma situação nítida de fraude.

Contudo, o presente delito mostra-se uma alternativa que pode ser usada temporariamente até a criação de um delito com penalidade intermediária. As elementares previstas no tipo podem abranger os casos de violência sexual nos espaços públicos pois além de não exigir violência ou grave ameaça possui uma pena intermediária entre os outros dois delitos. A pena cominada no crime de violação sexual mediante fraude é de reclusão de dois a seis anos e esclarece o caput que seja “meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” tal premissa poderia muito bem ser enquadrada nos casos de violência sexual operadas nas ruas, metrô e demais transportes que por vezes não se tem a presença nítida de violência física. Deveria, pois, este delito ser aplicado temporariamente até que fosse sancionada lei criando o delito de importunação sexual.

De outro lado, a ideia de que todo homem que pratica essas violações seja um maníaco sexual apenas fortalece a tese de ausência de culpabilidade e esquece que, para além do desejo sexual, o estupro reflete uma relação de poder onde o homem acredita ser possuidor do corpo das mulheres pela simples condição de ser homem. As pesquisas apontam o quanto grande parte dos estupradores, por exemplo, tem personalidades normais, vida sexual ativa e família, fugindo, então, do estereótipo de um maníaco ou tarado.

Por conta desses fatores, é patente a necessidade de criação de políticas públicas que abordem a temática de gênero e ajudem a desconstruir as desigualdades historicamente ensinadas a homens e mulheres. Como exemplo, poder-se mencionar a criação de campanhas educativas, da necessidade de se debater as questões de gênero nas escolas a fim de estimular o pensamento crítico tanto nos meninos quanto nas meninas. O simples encarceramento não será capaz de promover o fim da violência sexual e a mudança social do criminoso, pois esse crime praticado em sua maioria por homens, reflete uma masculinidade tóxica sustentada pela ideia de que a mulher é sempre um ser inferior.

Para que se avance em termos de proteção às mulheres é necessário investimento em educação sobre gênero, em formulação de cidades que garantam às mulheres acesso a meios de transporte de qualidade, ruas iluminadas, tarifas acessíveis. É necessário fornecer condições para uma vivência que propicie pleno gozo da cidadania e que se comprometa a desconstruir a violência de gênero. Enquanto as leis, os espaços e as decisões estiverem centradas apenas sob o olhar masculino dificilmente se poderá haver igualdade de direitos e proteção. Há muito ainda a ser transformado para que o mundo seja mais justo com as mulheres. Muitos são os obstáculos a serem vencidos em termos de efetividade de direitos, mas o importante é dar sempre o primeiro passo e cabe ao direito e aos seus operadores, bem como ao legislativo exercerem suas responsabilidades nesse cenário.

REFERÊNCIAS

- ALAMBERT, Zuleika. **A mulher na história – a história da mulher**. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2004.
- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORI, Mary Del (org.). **História das mulheres no Brasil**. 8. ed. São Paulo, Contexto, 2006.
- ARENOT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BEUVOIR, Simone de. **O segundo sexo, fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 8. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BLAY, Eva Alterman. 8 de março: conquistas e controvérsias. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 1, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo/php?script=sci_artes&pid=50104-026x2001000200016&/ng=pt&nrm=ISO>. Acesso em: 8 mai. 2018.
- BOFF, L.; MURARO, R. M. **Feminino e masculino**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena. 11. ed. Rio de Janeiro: Kühner, 2012, 160 p. Inclui anexo
- _____. **La domination masculine**. Saint-Amand-Montrond: Éditions du Seuil, 1998. Disponível em: <http://pweb01.mp.rj.gov.br/informativos/violenciadomestica/2017/01boletim2017/visivel/invisivel_vitimizacao_de_mulheres_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 12. jun. 2018.
- BRASIL. **Decreto – Lei n. 2. 848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/De12848compilado.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1144811-MG (n 2017/0202177-3). Relator : Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ, 24 out. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503128585/agravo-em-recurso-especial-aresp-1144811-mg-2017-0202177-3?ref%3Dtopic_feed&hl=pt-BR> . Acesso em: 19. Jun. 2018 .

BRASIL. **Decreto – Lei n. 3. 688, de 3 de outubro de 1941.** Leis das contravenções penais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto-lei/Del3688.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12. 015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o título VI da parte especial do decreto -lei n. 2. 848. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-ato2007-2010/2009/lei/2015.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2018

BRASIL. **Lei n. 4.733, de 23 de março de 2006.** Dispõe sobre a destinação de espaços exclusivos para mulheres nos sistemas ferroviários e metroviários do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847co32564f4005d4bf2/8b7edb66591cb20b832571450063d55e?OPENDOCUMENT>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 5.452-A, de 2016.** Acrescenta os arts. 218C e 225^a ao Decreto -Lei n. 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. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop-mostraintegra;jsessionid=1667F9A2618D1FCC637FD75337FACFOC.proposicoesWebExterno1?Codteor=1600965&fizeram=Avulso+-PL+5452/2016>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n 312 de 2017.** Altera o Código Penal para prever o crime de molestamento sexual e o Código de Processo Penal para modificar as hipóteses de internação provisória. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/materia/130711>>. Acesso em: 23.jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal: ACR 70073787293- RS.** Apelação Criminal. Estupro qualificado marjorado. Desclassificação para violação sexual mediante fraude tentado. Absolvição do réu em reformatio in mellius. Relator: Desembargador Aymoré Roque Pottes de Mello. DJ, 30 go. 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495997693/apelacao-crime-acr-70073787293-rs?ref=serp>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal: APR 10693130008933001-MG.** Relator: Ministro Eduardo Machado. DJ, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/436199934/apelacao-criminal-apr-10693130008933001-mg?ref=serp>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Nº 1.662.551 - SP (2017/0063990-2). Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ, 14 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/empresa-transporte-responde-assedio.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação: APL 00062728120128110042 92075/2016- MT.** Relator: Desembargador Luiz Ferreira da Silva. DJ, 07 dez. 2016. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416483065/apelacao-apl->

62728120128110042-92075-2016/inteiro-teor-416483075?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação** n 009599-64- MS (2011.8.12.0002). Relator: Desembargador Carlos Eduardo Contar. DJ, 05 nov. 2012. Disponível em: <<http://stj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128119957/apelacao-ap/95996420118120002>>. Acesso em: 25. Jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação** n 20130510142497. Relator: Desembargador João Timóteo de Oliveira. DJ, 03 mar. 2016. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321793991/apelacao-criminal-apr-20130510142497&hl=pt-BR>>. Acesso em: 25. Jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 907**. Disponível em:<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/documento/informativo.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.429.242- GO (2014/0008729-3). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ. 25 maio 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464511725/recurso-especial-res-1429242-go-2014-0008729-3>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** N. 1.432.394-GO (2014/0019327-0). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ, 20 jun. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25130196/recurso-especial-resp-1432394-2014-0019327-0-stj/relatorio-e-voto-25130198?>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.661.251-GO (2017/0061298-5). Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ 23 maio 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464047173/recurso-especial-res-1661251-go-2017-0061298-5h/=pt-BR>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** N. 1.712.232-DF (2017/0314955-0). Relator: Maria Thereza de Assis Moura. DJ. 05 mar. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552167262/recurso-especial-resp-1712232-df-2017-0314955-0/decisao-monocratica-552167272?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação** - Nº 0009599-64.2011.8.12.0002. Relator: Desembargador. Carlos Eduardo Contar. DJ, 05 nov. 2012. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128119957/apelacao-apl-95996420118120002-ms-0009599-6420118120002/inteiro-teor-128119966?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Recurso em Sentido Estrito** n 20131210039203. Relator: Desembargador Jesuíno Rissato. DJ, 02 ago. 2014. Disponível em: <<http://stj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/134381388/recurso-em-sentido-restrito-rse-20131210039203-df-0003812-9120138070012/interiorteor-134381408?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRODT, Luis Augusto Sanza. **Dos crimes contra a dignidade sexual**: a nova maquiagem da velha senhora. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo. v. 13, p. 170, jul. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 1, artigo 121 ao artigo 234. São Paulo: Atlas, 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Curitiba: Juruá, 2010.

CAMARA, Juliana. **Em pesquisa da Actionaid, 86% das brasileiras ouvidas dizem já ter sofrido assédio sexual em espaços urbanos**. Disponível em: <<http://actionaid.org.br/na-midia/em-pesquisa-da-actionaid-86-das-brasileiras-ouvidas-dizem-ja-ter-sofrido-assedio-em-espacos-urbanos/>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

CAMPAGNOLI, F. P. F. Adriana. et al. A mulher, seu espaço e sua missão na sociedade. Análise crítica das diferenças entre os sexos. **Revista Emancipação**: Departamento de Serviço Social, Ponta Grossa, ano 3, v.3, n.1, p. 127-153, 2003. Disponível em: <<http://www.revista2.uepg.br>>. Acesso em: 5. Jun. 2018. .

CAMPOS, Carmen Hein. Et al. Cultura do estupro ou cultura antiestupro?. **Revista Direito Gv**, São Paulo, V.13, n. 3, p. 981- 1006, set./dez. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral.15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

CASTRO, A.M.; MACHADO, R.C. F. Movimento feminista no Brasil e na América Latina: reflexões sobre educação e mulheres. **Revista Contrapontos-Eletrônica**, Itajaí, v.16, n.1, p. 22-39, jan/abr. 2016. Disponível em: <<http://univali.br/periódicos>>. Acesso em: 5 maio 2018.

CASTRO, Amanda Motta; MACHADO, Rita de Cassia Fraga. Movimento Feminista no Brasil e América Latina: reflexões sobre educação e mulheres. **Revista Contrapontos Eletrônica**, Itajai, v. 16, n. 1, Jan./abr. 2016. Disponível em: < <http://www.univali.br/periodic> >. Acesso em: 10 maio 2018.

Chombart de Lauwe, Paul Henri et alii. *La femme dans la société: son image dans différents milieux sociaux*. Paris: CNRS, 1963.

CIDADES SEGURAS PARA AS MULHERES: cidades para quem? 2017, São Paulo. **Relatório...** São Paulo: [s.n], 2017. Disponível em: <<http://www.actionaid.org.br>>. Acesso em: 21 de jun. 2018 .

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JUNIOR, P. J; COSTA, J. F. **Código Penal Comentado**. 10ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CULTURA do estupro: ônibus é o termo mais buscado em site pornô. **Catraca Livre**, São Paulo, 06 set. 2017. Disponível em: <http://catracalivre.com.br/cidadania/cultura-do-estupro-onibus-e-o-termo-mais-buscado-em-site-porno/>. Acesso em: 05 abr. 2018.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal, parte especial (arte. 121 ao 361)**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 136). 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMANTO, C; JUNIOR DELMANTO, R; DELMANTO, R. **Código Penal Comentado**. 8ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Mariana. Para a história das mulheres na Pré -História: em torno de alguns atributos do discurso. **Promotora**, Lisboa, ano 4, n. 4, p. 37-51, 2006. Disponível em: <<http://www.sapientia.ualg.pt>>. Acesso em: 16 mai. de 2018 .

DOLCE, Julia. Frotteurismo: cotidiano da mulher no transporte público. **Vai da pé**, São Paulo, 28 mar. 2014. Disponível em: <http://revistavaidape.wordpress.com/2014/03/28/frotteurismo-no-cotidiano-da-mulher-no-transporte-publico>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

DUBY, Georges; FARGE, Arlete; DAVIS, Natalie Zemon. **História das Mulheres no Ocidente**. Porto: Afrontamento, 1993.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nossa história, nosso futuro. Tradução: Terezinha Santos. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

ENDING violence against women and girls. New York: [s.n], 2017. Disponível em: <<http://annualreport.unwomen.org/en/2017/what-we-do/ending-violenceandgirls>>. Acesso em: 17 maio 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981. 40 p.

FILHO MOREIRA, Guaracy. **Código Penal Comentado**. 2ed. São Paulo, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 11, 2017, São Paulo. **Anuário...**São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: < <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/>>. Acesso em: 25. Jun. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 9, 2015, São Paulo. **Anuário...** São Paulo: FBSP, 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/9anuuario2015.retificado.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

GIORDANI, Mário Curtis. **Antiguidade clássica I**: História da Grécia. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1972.

GODOY, Marcelo. Delegacia tenta rastrear internautas que incentivam o abuso de mulheres no transporte público. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://amp/sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,delegacia-tenta-rastrear-internautas-que-incentivam-o-abuso-de-mulheres-no-transporte-publico,1142256>>. Acesso em: 4 de jun. 2018.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade: sobre a nova lei dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1 região**, Brasília, v. 21, n. 11, p. 59-61, nov. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27392/interpreta%C3%A7%C3%A3o-duvidosa--dignidade-RTRF1>>. Acesso em: 18. Jun. 2018 .

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte especial (arte. 213 a 361)**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. 3v.

GREGO, Rogério. **Curso Direito Penal: parte especial**. Niterói: Impetus, 2006. 2 v.

HUMM, Maggie. **The dictionary of feminist theory**. Columbus: Ohio State University Press, 1990.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1954. VIII v.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 3 v.

JESUS, Damásio. **Direito Penal parte especial**. 3v. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAMAS, M. **Cuerpo: diferencia sexual y gênero**. Ciudad del México: Taurus, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Terceira Mulher: permanência e revolução do feminino**. São Paulo: Instituto Piaget, 2009. (Coleção Epistemologia e Sociedade).

MACIEL FILHO, Euro Bento. Assédio sexual no transporte público: os crimes sexuais no transporte público e o Direito penal. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, 96. ed. Disponível em: <<http://visaojuridica.uol.com.br/2017/02/23/assedio-sexual-no-transporte-publico/>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

MACKNONN, Catharine. **Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979.

MARCA MUNDIAL DAS MULHERES. **Cadernos**, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.feminismo.info/webgalego/imagens/stories/pdf/livros_MMM_Brazil.pdf>. Acesso em: 25 de jun. 2018.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro no código penal brasileiro: questões controvertidas em face dos princípios constitucionais e a proposta desse delito no novo código penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 10, n. 1, jul. 2015.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. 1v.

MATOS, Maria Izilda Santos de. História das Mulheres e das Relações de Gênero: campo historiográfico, trajetórias e perspectivas. **Mandrágora**, São Paulo, v. 19, n. 19, p. 5-15, 2013. Disponível em: < <http://de.doi.org/10.15603/2176-0985/Mandrágora.v19n19p5-15>>. Acesso em: 10 maio 2018.

MILL, John Stuart. A sujeição das mulheres. **Revista Gênero**, Niterói, v. 6, n. 2, p. 181-202, 1-2 sem. 2006. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br>>. Acesso em: 201 .

MIRABETE, Julio Fabrint. **Manual de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 2v.

MONTEIRO, Christiane Schrr. **As conquistas e os paradoxos na trajetória das mulheres na luta por reconhecimento**. 2008. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio. 2018.

MULHER sofre assédio sexual dentro de ônibus na Avenida Paulista. **G1, São Paulo**, 21 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/-noticia-/mulher-sofre-assedio-sexual-dentro-de-onibus-na-avenida-paulista.ghtml>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

NARVAZ, Martha Giudice. **Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina**. 2005. 187 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br>>. Acesso em: de 201 .

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 231 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional dos Editores de Livros; Rio de Janeiro: Forense, 2017. 3 v.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9672>>. Acesso em: 10 out. 2007.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy. **Elogio da diferença: o feminino emergente**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

OLIVEIRA, Tory. Em projeto, homens são obrigados a refletir sobre agressão a mulheres. **Carta Capital**, São Paulo, 24 jul. 2017. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-projetos-homens-sao-obrigados-a-refletir-sobre-as-mulheres>. > Acesso em: 08 abr. 2018.

PASSOS, Kennya Regyna Mesquita; SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. A violência simbólica no Poder Judiciário: desafios à efetividade da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, p. 137154, dez. 2016.

PEDRO, Cláudia Bragança; GUEDES, Olegna de Souza. As conquistas do movimento feminista como expressão do protagonismo social das mulheres. In: SIMPÓSIO SOBRE ESTUDOS DE GÊNERO E POLÍTICAS, 1., 2010, Londrina, **Anais...** Londrina, Universidade Estadual de Londrina, 2010. p. 1-10.

PERROT, Michelle. **Mulheres Públicas**. As Mulheres ou os Silêncios da História. São Paulo: EDUSC, 2005.

PINTO, C.; MORITZ, M. L. A tímida presença da mulher na política brasileira: eleições municipais em Porto Alegre de 2008. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 2, p. 64-87, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://periódicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/6576>>. Acesso em: 10 maio 2018.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, História e poder. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v.18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2008. 2 v.

- PRIORE, M. D. **História do amor no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2006.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 11 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2015.
- RAMOS, Sílvia. Violência, violências: mais agredidas ou mais atentas. In: **VISÍVEL e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: FBSP, 2017. p. 21-24. Disponível em: <http://pweb01.mp.rj.gov.br/informativos/violenciadomestica/2017/01boletim2017/visivel/invisivel_vitimizacao_de_mulheres_no_Brasil.pdf>. Acesso em : 201 .
- REGHELIN, Elisangela Melo. **Direito Penal da Perigosidade em Delitos Sexuais**. Curitiba: Juruá, 2018. 340p.
- RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&Pid=s0104-026x2005000100012>. Acesso em: 10 maio 2018.
- ROIZ, D. S. A história do corpo feminino e masculino no ocidente medieval. **Cadernos de Pagu**. Campinas, n. 33, p. 405-414, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.sbu.unicamp.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Tradução: Munhoz Conde, Luzon Peña. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987. 134 p. (Coleção Polêmica).
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. Violência de Gênero no Brasil Atual. **Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 2, p. 443-461, semestral, 1994.
- SAFFIOTI, Heleieth J. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 16, p.115-136, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 12. maio.2018 .
- SANTOS, Simone Alves. Assédio sexual nos espaços públicos: reflexões históricas e feministas. **História, histórias: revista do programa de pós-graduação em história-UNB**, Brasília, v. 3, n.6, p. 27-41, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.unb.br/>>. Acesso em:6. de jun.2018 .
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Amanda Daniele. Ser homem, ser mulher: as reflexões acerca do entendimento de gênero. In:_____. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina [online]**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 51-100. Disponível em: <<http://books.scielo.org/>>. Acesso em: 201 .
- SILVA, Roberta Viegas e; GREGOLI, Roberta; RIBEIRO, Henrique Marques. Resultado de pesquisa expõe tolerância social a violência contra as mulheres em espaços públicos: 70% das mulheres de até 24 anos já sofreram algum tipo de agressão em espaços públicos. In: **VISÍVEL e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: FBSP, 2017. p. 25-28. Disponível em:

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SOUZA, Ana Paula de. **As mulheres e o feminismo no movimento sindical**: um estudo da experiência dos Andes-SN. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br>>. Acesso em : 28 maio.de 2018. .

SOUZA, Nucci Guilherme de. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SOUZA, Nucci Guilherme de. **Direito Penal parte especial**..v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rosane da Rosa. Da necessidade de um tipo pessoal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 47-74, jan./abr. 2015.

TAVARES, Maria Ladeira; LOIS, Cecília Caballero. Anotações sobre a teoria feminista do direito de Catharine Mackinnon. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Curitiba, v.2, n.2, p. 151-170, jan/dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org>>. Acesso em: 29 de jun. 2018.

TAVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodum, 2011.

TOLEDO, Cecília. Mulheres: o gênero nos une, a classe nos divide. **Marxismo Vivo**, São Paulo, n.2, p. 25, 2001.

TOMAZ, Kleber; LEITE, Isabela. Vídeo mostra homem ameaçando atear fogo em juíza no fórum Butantã. **G1 São Paulo**, São Paulo, 31 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/video-mostra-pm-negociando-libertacao-de-juiza-no-forum-butanta.html>>. Acesso em: 8 abr.2018.

TONELLI, Maria José; ALCADIPANI, Rafael. De volta ao mal estar na civilização: violência contra a mulher e o que ela nos diz sobre a realidade brasileira. In: **VISÍVEL e invisível : a vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: FBSP, 2017. p. 29-32. Disponível em: <http://pweb01.mp.rj.gov.br/informativos/violenciadomestica/2017/01boletim2017/visivel/invisivel_vitimizacao_de_mulheres_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018 .

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 3 ed. Tradução da 12 ed. alemã: Juan Bustos Ramírez, Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.