



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER: UMA ANÁLISE SOBRE A
CULTURA DO ESTUPRO**

REGINALDO VIEIRA DE ARAÚJO

Goianésia/Go

2021

REGINALDO VIEIRA ARAÚJO

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER: UMA ANÁLISE SOBRE A
CULTURA DO ESTUPRO**

Artigo apresentado junto ao Curso de Direito da FACEG (Faculdade Evangélica de Goianésia), como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Gleidson Henrique Antunes Andrade

Goianésia/Go

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

**VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER: UMA ANÁLISE SOBRE A CULTURA
DO ESTUPRO**

Este artigo foi julgado adequado para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pela banca examinadora da Faculdade Evangélica de Goianésia/GO- FACEG

Aprovado em, _____ de _____ de 2021.

Nota Final: _____

Banca Examinadora

Profº. Gleidson Henrique Antunes Andrade

Profº. Me. Adonis de Castro Oliveira

Profª. Esp. Naiara Caroline Gonçalves de Jesus

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER: UMA ANÁLISE SOBRE A CULTURA DO ESTUPRO

REGINALDO VIEIRA ARAÚJO

Resumo: A presente pesquisa intitulada “Violência Sexual contra Mulher: Uma análise sobre a cultura do estupro” buscou fazer um estudo crítico sobre a evolução histórica dos crimes contra a Liberdade Sexual, demonstrando suas transformações no seio social desde a tipificação de cada um desses crimes até os dias atuais, a fim de se constatar que ainda há nesses crimes um sistema de dominação e machismo, ao qual o homem é posto em posição de superioridade em relação à mulher. Isso porque, as mulheres, principais vítimas nesses crimes, ordinariamente são subjugadas como culpadas pela própria violência sexual sofrida. Assim, o problema que se buscou responder foi: como romper com a cultura do estupro contra mulher instaurada na sociedade brasileira? O objetivo geral da pesquisa foi à análise da cultura do estupro da mulher no país, que se embasa por uma sociedade patriarcal e machista, buscando entender o porquê se culpa essas vítimas. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica qualitativa, visando à coleta de informações atuais acerca da análise desta temática. É certo que a legislação penal embasa-se em um arcabouço principiológico que prima pela Dignidade da Pessoa Humana, principalmente após a Constituição Federal de 1988, porém ainda é nítido que a visão machista e patriarcal é preponderante quando se trata de crimes contra liberdade sexual. Ainda há um comportamento social que culpa a vítima pela violência sofrida, o que se faz verdadeiro absurdo, o que por si só já enfatiza e justifica a necessidade desta pesquisa.

Palavras chaves: Mulher; Cultura do estupro; dominação masculina.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a todos os indivíduos cabe o fiel cumprimento da Lei, a fim de não se sujeitar a reprimenda estatal. No âmbito penal, tal entendimento não é distinto, de modo que se tem a ação penal enquanto instrumento do Estado previsto no Código de Processo Penal e Código Penal brasileiro, pelo qual se garante ao Estado a persecução dos indivíduos delitivos. Ou seja, o Estado detém *jus puniend* para punir aqueles que comentem fato típico e antijurídico na seara penal, sendo necessária a sua intervenção para a promoção do direito de ação, ao passo que a autotutela no ordenamento brasileiro é vedada.

Quando se trata de crimes que violam a liberdade sexual da mulher verifica-se que muitas foram às transformações que estes sofreram desde a sua primeira tipificação no Código Penal em 1830, tanto nas elementares de seu próprio tipo penal, quanto ao estabelecimento da espécie de ação para a devida persecução penal.

Tais transformações penais ocorreram porque os crimes e suas penas seguem um arcabouço principiológico embasando-se na Dignidade da Pessoa Humana, na Adequação Social e também na Mínima Intervenção Estatal. Ou seja, hoje se tem a valorização humana como cerne da sociedade democrática vigente, de modo que o Estado apenas intervirá nas relações humanas quando realmente se fizer necessário e outro ramo do direito não se fizer suficiente, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, justamente por tipificar apenas condutas repudiadas socialmente.

Porém, muito ainda precisa ser feito, principalmente para com a aplicabilidade da legislação atual, posto que os crimes contra a liberdade sexual não se limitam à mera transgressão da liberdade alheia, indo muito além, representando a violência ou a intimidação do homem para com a mulher. Sendo capaz de deixar sequelas severas em suas vítimas, assim, o que se fere aqui não é apenas a liberdade sexual da mulher, mas também a sua integridade, dignidade e autonomia sexual.

De tal modo, o trabalho em questão é justificável pela relevância que esta discussão tem, sendo de suma importância uma reflexão a fim de possibilitar a desmitificação da cultura do estupro instalada na sociedade brasileira, pois se trata de um pensamento arcaico oriundo do patriarcado e do machismo, e que culpa a vítima mulher pela violência sofrida.

Verifica-se, então, que esse estudo se faz imprescindível, de modo que sejam alavancadas medidas de proteção e valorização da mulher enquanto vítima de violência sexual, entendendo-a e percebendo-a como tal. Porquanto, em relação à problematização dessa pesquisa busca-se responder o seguinte questionamento: como romper com a cultura do estupro contra mulher instaurado na sociedade brasileira?

O objetivo geral da pesquisa foi à análise da cultura do estupro da mulher no país, que se embasa por uma sociedade patriarcal, buscando entender o porquê há ainda nos dias atuais essa imposição de culpa as vítimas. Os objetivos específicos são: conceituar os crimes contra liberdade sexual; relacionar e explicitar as evoluções legislativas de tais crimes, e por fim, confrontar as alterações legais com a real aplicabilidade desses tipos penais na sociedade vigente, demonstrando a cultura do estupro contra a mulher e suas bases fundantes.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica qualitativa, visando à coleta de informações atuais acerca da análise desta temática. Dentre os autores

que serviram como fontes estão: Fernando Capez (2019), Cezar Bittencourt (2018); Cleber Masson (2021), Guilherme Nucci (2019), Aury Lopes Júnior (2018) e Renato Marcão (2018).

Assim sendo, para melhor compreensão desta temática, o presente estudo foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro discorreu-se sobre a evolução histórica desses crimes, desde sua criação enquanto tipo legal até os dias atuais, demonstrando que suas bases patriarcais se deram antes mesmo de suas tipificações, sendo heranças do processo de colonização brasileiro.

Já no segundo capítulo voltou-se para a conceituação e tipificação de cada um dos crimes contra a liberdade sexual, sendo eles os crimes de estupro, assédio sexual, importunação sexual e violação sexual mediante fraude. E, por fim, no terceiro capítulo fez-se uma análise sobre a natureza jurídica dos crimes contra liberdade sexual, através do exame do tipo de ação penal para perseguir tais crimes, indo desde o Código Penal de 1940 até hoje, de modo a demonstrar a cultura do estupro instaurada na sociedade brasileira e ainda não rompida, bem como suas raízes fundantes.

Porquanto, verifica-se que tal debate é indispensável, justamente porque apesar de toda evolução legislativa na busca da repreensão aos crimes contra a liberdade sexual, em específico contra as mulheres, ainda é alarmante e midiático o número diário de vítimas de violência sexual, bem como é constante a exposição e culpabilização dessas mulheres para com os crimes sofridos.

1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES CONTRA LIBERDADE SEXUAL

Os crimes contra liberdade sexual são crimes graves, que se fazem espécie do gênero “Crimes contra a Dignidade Sexual”, previstos no Título I, Capítulo I, nos artigos 213 a 216-A do Código Penal de 1940, e que precisam ser analisados porque trazem severas sequelas as suas vítimas, que em sua maioria são mulheres, sendo, porquanto, um problema de saúde pública.

O Crime de estupro, que é um dos crimes mais graves que ferem a liberdade sexual, se faz um dos delitos mais antigos e mais abominados pela sociedade, de modo que desde as civilizações mais remotas o agente que o praticava era punido severamente, isso por ser um crime extremamente violento e que deixa marcas psicológicas e físicas na vítima que sofreu a agressão (PRADO,

2011). Nelson Hungria e Renê Ariel Dotti apontam que “desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício” (2014, p. 87).

Segundo Luís Reges Prado:

O Código de *Hamurabi*, de seu turno, definia o estupro no artigo 130, estabelecendo que, se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre (2011, p.797).

O crime de estupro, então, que hoje compõe o título, já era previsto no Brasil, através das Ordenações Filipinas, em seu livro 5º, sendo tipificado como “dormir a força com”, ou seja, recebia outra nomenclatura, porém possuía alguma das elementares atuais do estupro. Conforme apontam Hungria e Dotti (2014) tal ordenação era aplicada ao país porque a colonização portuguesa regia-se por ordenações Manuelinas, Afonsinas e principalmente Filipinas que vigoraram até o primeiro Código Penal Brasileiro em 1830, que se denominou Código do Império.

Essa tipificação à época se dava a partir de um modelo cultural completamente machista e de culpabilidade da vítima mulher, pois as penas e os tipos penais aqui variavam de acordo com a qualificação de sua vítima e tutelavam principalmente as mulheres órfãs, freiras, viúvas honestas, escravas brancas de guarda, mulheres virgens e as cristãs, sendo que as penas, nesses casos, eram corporais, chegando a pena capital de morte (MIRABETE, 2019). Nesta feita, as Ordenações Filipinas, via de regra, eram severas quanto ao crime de estupro, prevendo a pena de morte para o estuprador, mesmo se ele viesse a se casar com a vítima, o que era um costume rotineiro, de modo que as vítimas mulheres eram obrigadas a se casarem com seu algoz (BITTENCOURT, 2018).

Porém, havia distinção normativa quanto à proteção de vítimas que não fossem virgens e casadas, que fossem prostitutas ou escravas negras, subtendendo-se que nesses casos não seria devida à pena de morte, mas apenas o pagamento de multa em moeda ou perda de bens do agressor (MARCÃO; GENTIL, 2015). Assim, dessas qualificações e distinções dadas às vítimas mulheres verifica-se que desde a primeira tipificação do crime de estupro havia total discriminação ao sexo feminino, posto que para ser protegida a mulher precisava se fazer honesta, casada, virgem ou cristã (TOURINHO FILHO, 2018).

A colonização portuguesa inicia a criação da estrutura do patriarcado no país, que tem suas origens ainda em Roma, onde o homem detinha o *pater poder*, que o qualificava enquanto chefe de sua família, tendo sobre ela o poder decisório, inclusive sobre as vidas de seus entes (MIRABETE, 2019). O patriarcalismo alicerçou-se, então, no poder que o pai tinha de subjugar, e isso se dava principalmente para com as mulheres, o que colaborou para que o cometimento de crimes sexuais se justificasse durante todo o desenvolvimento humano.

Com a promulgação do Código Penal do Império o tipo penal passou a ser denominado estupro, porém sua rubrica englobava vários outros crimes sexuais, de modo que o Título II, Capítulo II, Seção I, tipificava como estupro todas as condutas delitivas previstas entre os artigos 219 a 224 (GRECCO, 2021). Sendo elas as condutas de: deflorar mulher menor de 17 anos, ter cópula carnal com mulher honesta através de violência ou ameaça, ofender mulher para fins libidinosos diversos a cópula carnal e, por fim, seduzir e ter cópula carnal com mulher honesta e menor de 17 anos, com penas variáveis entre 1 a 12 anos, acrescidas de pena de multa revertida à vítima quando prevista (MARCÃO, 2018).

Além disso, havia previsão expressa para extinção da punibilidade para aquele que, após cometer quaisquer umas dessas condutas tidas como estupro, se casasse com sua vítima, ressalvados os casos de parentescos em que a união era proibida (TOURINHO FILHO, 2018). Isso passou a ser uma prática corriqueira imposta à mulher, pois ela se via desonrada perante a sociedade, sendo lançada a própria sorte, caso não consentisse com o casamento, o que significava verdadeira vênua legislativa para o cometimento de barbáries e atrocidades contra a mulher.

Mais a frente, com a proclamação da República em 1899 fez-se indispensável à elaboração de um novo Código Penal, que se alicerçasse nos ideais republicanos, sendo sancionado novo Código Penal em 1890, que previa o crime de estupro em seu artigo 268, porém denominando-o como cópula violenta.

Artigo 268: Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena – de prisão cellular por um a seis anos. § 1º. Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: pena – de prisão cellular por seis meses a dois anos. § 2º. Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte (MIRABETE, 2019, p. 345).

Com o desenvolver e as transformações da sociedade, a legislação penal foi sendo modificada, de modo a evoluir e ampliar sua tutela protetiva, o que

culminou no último Código Penal que se tem, em 1940 e que se faz vigente até hoje. Sabe-se que o Direito Penal desenvolve-se de acordo com os anseios e necessidades da sociedade que o rege, sendo poderoso instrumento para o controle social, carecendo, porquanto, na década de 40 de mudanças capazes de atender tais necessidades. Além disso, de lá para cá o Código sofreu alterações pontuais, porém de forma mais modesta, carecendo atualmente de uma reforma geral.

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligados há tempos pretéritos e esquecidos (NUCCI, 2019, p. 789).

No que tange o título em análise houve quatro legislações específicas que modificaram os tipos penais, bem como a natureza jurídica desses crimes, que passaram a ser perquiridos por ação penal pública incondicionada, sendo elas as Leis n.º 10.244/2001, n.º 11.106/2005, n.º 12.015/2009 e a Lei n.º 13.718/2018.

A Lei n.º 10.244 de 2001 criou o tipo penal de assédio sexual, até então não previsto enquanto conduta delitiva nos moldes de hoje, sendo que a depender da casuística tentava-se enquadrar a ação de assédio nos artigos 61 ou 65 da Lei de Contravenções Penais, que se caracteriza pelas contravenções de Importunação Ofensiva ao pudor e Perturbação da tranquilidade, ambas puníveis com pena de multa (NUCCI, 2019). Em contrapartida, a lei n.º 11.106/2005 revogou os polêmicos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, que impunham como causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o seu agente agressor, ou com terceiro (MIRABETE, 2019). Deste modo, até essa data o Código Penal determinava a extinção da punibilidade: “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código” (BRASIL, 2005) e também:

[...] pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação pena no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração (BRASIL, 2005).

Tal mudança foi tardia e se fazia latente, pois a ideia do legislador de que o casamento seria capaz de reparar a violência sofrida pela vítima e de tamanha desproporcionalidade, justamente porque o que se busca tutelar com as tipificações desses crimes não é a honra da vítima para com a sociedade, mas sim a sua dignidade sexual (GRECCO, 2021).

Já, a Lei n. 12.015/2009 representou verdadeira inovação quando alterou o “Título dos Crimes Contra os Costumes” para “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, pois, na verdade, o costume não pode ser objeto de tutela penal, por ser inerente à moral e à religião subjetiva de cada indivíduo, todavia a dignidade sexual sim por vincular-se a dignidade da pessoa humana (GRECCO, 2021). Esse título feria dois princípios basilares do Direito Penal que é o Princípio da *Ultima Ratio*, posto que como ramo do direito subsidiário ele apenas concentra-se em bens jurídicos relevantes e não protegidos por outros ramos e também o Princípio da Secularidade, que rompeu com a eticização superlativa do direito, afastando a legalidade estrita da moralidade religiosa e social (MASSON, 2021).

A intenção do legislador grosso modo era agravar tais crimes, tanto que as penas impostas nos preceitos secundários do título foram elevadas, porém houve falha quando se unificou a figura de atentado violento ao pudor ao crime de estupro, pois conseqüentemente se beneficiou aqueles que respondiam ou foram condenados pelos dois crimes, em concurso material. Assim, o que antes era concurso material de crimes (quem praticava conjunção carnal e ato libidinoso no mesmo contexto fático respondia por dois crimes com penas somadas ao final), após as mudanças legislativas passou a responder apenas por um crime, pois ambas condutas passaram a ser consideradas de mesmo contexto fático, havendo crime único (CUNHA, 2015).

Por fim, a Lei n.º 13.718 de 2018 tipificou a conduta de importunação sexual, através do clamor público após a ocorrência de um caso midiático, o que significou relevante avanço sob a perspectiva punitiva, pois as condutas que englobam o tipo eram apenas contravenção penal punida com multa (MIRABETE, 2019). Porém, ainda nos dias de hoje a partir desses tipos penais é possível se verificar que a sociedade brasileira é extremamente patriarcal e machista, o que se faz um resultado da colonização brasileira, que possui heranças culturais e sociais advindas desse processo.

Destarte verifica-se que os crimes contra a liberdade sexual precisam ser severamente reprimidos, pois não se limita à mera transgressão da liberdade alheia, indo muito além, pois se caracterizam pela violência ou pela intimidação com que são cometidos e pelas sequelas severas que deixam em suas vítimas, justamente por serem praticados contra a vontade de *outrem* (CAPEZ, 2019). A Lei pretende tutelar importante bem jurídico, que é a liberdade sexual do indivíduo, isso em sentido amplo abrangendo desde a integridade e autonomia sexual até o seu direito à inviolabilidade sexual, protegendo a todos sem qualquer distinção. Porquanto, hoje os crimes tipificados que contrariam essa liberdade sexual são: o estupro (art. 213), a violação sexual mediante fraude (art. 215), a importunação sexual (art. 215-A) e o assédio sexual (art. 216-A), todos previstos no Código Penal.

2 DOS CRIMES CONTRA LIBERDADE SEXUAL

2.1 O Crime de Estupro

O crime de estupro é um dos mais repudiados dentre aqueles que compõem o título “Dos crimes contra Liberdade Sexual”, justamente por ser sempre um crime cometido com violência ou ameaça a vítima, o que por si só é capaz de deixar diversas sequelas físicas e psicológicas nestas. O termo estupro origina-se do latim *stuprium*, tendo como significado manter ou fazer relações sexuais culpáveis, perfazendo-se através da imposição sexual de um indivíduo perverso sobre *outrem*, prevalecendo à dominação do mais forte sobre a mulher, sexo mais frágil (CAMPOS, 2016).

Antes da alteração feita pela Lei nº 12.015/2009, o artigo 213 do Código Penal em sua redação original considerava como possível vítima de estupro apenas a mulher, pois tipificava: “constranger a mulher à conjunção carnal, mediante a violência ou grave ameaça” (BRASIL, 1940, grifo meu). Verificava-se que assim, à liberdade sexual do homem, até o ano de 2009, estava desprotegida, isso porque as vítimas deste tipo de crime eram e são predominantemente mulheres. Assim, se anteriormente a esta lei o estupro era classificado como crime próprio, pois era cometido apenas contra a mulher e praticado somente pelo homem, com a alteração o estupro passou a crime comum, tutelando homens, mulheres e homossexuais (MIRABETE, 2019).

Porém, a tutela da liberdade sexual masculina apesar de se basear na igualdade formal necessária as leis, na prática não modificou expressivamente o número de crimes sexuais contra a mulher, que chegam a um caso a cada 8 minutos, conforme dados do Anuário Brasileiro de 2020, tratando-se de crimes que se mostram pela satisfação de instintos sexuais brutais e egoísticos do agressor (BRASIL, 2020). Destarte, após a alteração por meio da lei supracitada, o texto desse mesmo artigo ficou deste modo: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso” (BRASIL, 2009).

Outra alteração relevante quanto à nova redação está na revogação do artigo 214, que tipificava o crime de atentado violento ao pudor que passou a integrar o artigo 213, punindo como estupro não só a conjunção carnal em si, mas qualquer ato libidinoso praticado com violência ou grave ameaça contra a vítima (PRADO, 2011). Essa junção de dois tipos penais em um só tipo é o que se denomina atipicidade relativa, assim o que era considerado conteúdo do crime atentado violento ao pudor foi transportado para o crime de estupro não havendo abolição de nenhum crime em respeito ao Princípio da Continuidade Delitiva Típica (MARCÃO, 2018).

Essa alteração ocasionou diversas repercussões no aspecto processual, pois todos aqueles que conjuntamente respondiam por estupro (previsto isoladamente no artigo 213, CP) e atentado violento ao pudor (até então previsto no artigo 214, CP) em concurso material, tiveram benefício penal, pois ambos os crimes passaram a constituir um tipo penal único, devendo o juiz reconhecê-los um único crime e apenar apenas como um crime.

Não eram considerados crimes da mesma espécie, mas do mesmo gênero [...] Entretanto, com o advento da Lei [...] unificaram-se as duas infrações penais [...] em uma só figura típica intitulada estupro (art. 213). Portanto, não se pode impedir a continuidade delitiva entre eventos criminoso baseados no art. 213, pois, se ocorrerem, serão da mesma espécie, ocasionando crime único (NUCCI, 2019, p. 787).

De modo que, se o agressor realizou ou realizar hoje conjunção carnal e ato libidinoso contra a mesma vítima não mais responderá pelos dois tipos penais, estupro e atentado violento ao pudor, mas apenas pelo crime de estupro, havendo, na prática redução da pena, por ter cometido apenas um crime e não dois (HUNGRIA; DOTTI, 2014). Essa lei, então, é o que se denomina *novatio legis in*

melliun, ou seja, lei nova criminal mais benéfica ao réu, e por isso precisou ser aplicada imediatamente a todos os processos em andamento, tendo diversas críticas sociais, justamente por reduzir a pena daqueles homens que respondiam por ambos os tipos penas (TORINHO FILHO, 2018).

Isso coaduna com a visão patriarcal de que a tipificação desses crimes pelo legislador verdadeiramente sempre incitou a sua ocorrência, pois já em 2009, quase vinte anos após a constituição democrática, uma legislação penal trouxe benefícios aos homens que cometeram barbáries sexuais contra mulheres, o que causou discussões no seio social a respeito do tema. Para alguns doutrinadores há claramente a distinção entre ato libidinoso e a conjunção canal, ficando nítido que o agente possuiu intenções dolosas diferentes, e que, portanto, os tipos não poderiam ser unificados. Outros, por sua vez, entendem que não há essa diferenciação, e consideram a conjunção carnal como conclusão do ato libidinoso, onde o agente aflora sua libido por meio de sua conduta (MASSON, 2021).

Certo é que o novo texto do artigo 213, com conseqüente extinção do artigo 214, privilegiou a continuidade delitiva, incentivando que sejam realizados vários constrangimentos por meio da conjunção carnal e do ato libidinoso contra a mesma vítima, pois a pena aqui não seria mais severamente agravada.

[...] o tipo penal do art. 213, com a nova redação dada pela Lei 12.015/2009, unificando o estupro e o atentado violento ao pudor, é favorável ao réu e deve retroagir, atingindo todos os que foram condenados, antes, pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, contra a mesma vítima, no mesmo contexto, em concurso material de infrações penais (NUCCI, 2019, p. 926).

Assim, apesar de explicitamente a posição do legislador ao inovar fora de agravar tais condutas delitivas, coibindo-as, concretamente o efeito foi justamente o contrário. É possível verificar que o bem que se deseja tutelar com a Lei é a liberdade sexual de qualquer pessoa, justamente porque todo ser humano é e precisa ser plenamente livre, o que inclui seus aspectos sexuais, sendo direito de cada um dispor do seu próprio corpo livremente, escolhendo com quem quer ou não manter relações sexuais, podendo inclusive recusar-se ao próprio cônjuge (JESUS, 2011).

[...] assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular do direito (CP, art. 23, III, 2ª

parte), mas, sim abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges (DELMANTO *apud* CAPEZ, 2018, p.16).

Neste ponto, a discussão mais uma vez explicita heranças do patriarcado, pois taxativamente na lei penal há punição mais grave ao cônjuge que se valendo dessa condição comete crimes sexuais contra sua parceira, sendo esse vínculo causa de aumento da pena em até metade. Porém, isso se deu apenas em 2018, através da redação dada pela Lei n.º 13.718, apesar de ser uma prática corriqueira no âmbito doméstico brasileiro. As agressões ocorrem a partir da ideia de dever conjugal que a mulher tem para com o seu marido, é o que se denomina *debitum conjugale* e que tem origem romana, mas que ainda perdura na sociedade vigente, impondo a mulher submissão aos devaneios sexuais de seu marido ainda que a força, porquanto, raramente há denúncias entre cônjuges na constância do casamento (CUNHA, 2015).

Deste modo, apesar de aparentar estar sob o exercício regular de um direito que deriva do compromisso conjugal, há crime quando o cônjuge varão impõe a cópula a sua parceira, constringendo-a ilegalmente a satisfazer forçosamente sua lascívia, pois há sim abuso de direito (CAPEZ, 2019).

Seguindo, a conduta do crime de estupro hoje está descrita no *caput* artigo 213 que traz como elementares do seu crime: constringer (forçar, obrigar, coagir) alguém, mediante violência (capaz de dificultar e impossibilitar possível reação da vítima) ou grave ameaça (ou violência moral), a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Como conjunção carnal tem-se a cópula ou penetração completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, já o ato libidinoso, é toda conduta de cunho sexual que não a conjunção carnal, estando ligado ao desejo lascivo do agente, onde nem sempre haverá contato entre os órgãos sexuais da vítima e do agressor (CAPEZ, 2019, grifo nosso).

A conduta da vítima poderá ser ativa ou passiva e independentemente disso haverá sempre o crime, porque os atos não são voluntários, mas de acordo com Hungria *apud* Capez (2019, p. 07) “o ato libidinoso tem de ser praticado pela, com ou sobre a vítima coagida”, senão não haverá estupro. A partir daí, “[...] os antigos questionamentos quanto ao nível de recato da vítima (que pode ser desde a mais pudica donzela até a pessoa mais promíscua) esgotaram-se” (BITTENCOURT, 2018, p. 25). Esse trecho da obra de Bittencourt demonstra o quanto o crime de

estupro, desde o início de sua tipificação, expressava o machismo da sociedade, posto que a mulher, vítima exclusiva desse tipo de crime à época, era culpada pela violência sofrida caso não fosse virgem ou não seguisse um padrão exigido de conduta social e religiosa.

Isso porque, até os dias atuais quando vítima desse tipo de violência, a mulher tem sua moral e seu comportamento questionados, é o que se denomina culpabilização da vítima de estupro, por meio de seus hábitos, roupas, comportamentos, companhia e rotinas (BRASIL, 2020). Como se qualquer comportamento, por mais promíscuo que seja por parte da mulher, justificasse esse tipo de violência tão brutal. Analisando esse contexto, o legislador classificou taxativamente o crime de estupro como hediondo buscando coibir o aumento de estupros ocorridos, a fim de preveni-los, tanto na forma simples, quanto na qualificada, justamente devido à gravidade de suas consequências à vítima, porém, o que se verifica é que diariamente a liberdade sexual das mulheres é tolhida, e os casos de violência sexual aumentam (NUCCI, 2019).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII reforça a reprimenda a crimes hediondos, demonstrando a sua repulsa, quando cita:

Artigo 5º, XLIII: a lei considerará crimes inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia à prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas a fins, o terrorismo e definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes e executores e os que, podendo evitá-los, se omitem (BRASIL, 1988, grifo meu).

Destarte, o estupro, dentre os crimes que compõem esse título, é o único dotado de hediondez pela gravidade deste delito e pela violência física ou psicológica com que ele é praticado contra suas vítimas, exigindo assim maior repressão estatal para aqueles que o cometerem.

2.2 Violação Sexual mediante fraude

A Lei n.º 11.106 de 28 de março de 2005 iniciou algumas mudanças nos tipos penais de posse sexual mediante fraude e de atentado violento ao pudor mediante fraude, que posteriormente seriam unidos para a formação do tipo penal violação sexual mediante fraude (CAPEZ, 2019). Até a data a expressão mulher honesta era elementar desses crimes, excluindo de sua tutela as mulheres que, a

crivo do julgador, não se faziam honestas o suficiente para receberem tal proteção, tratando-se, de verdadeiro juízo de valor, não autorizado às leis penais que precisam observar estritamente a legalidade (MARCÃO, 2018). Com essa lei a qualificação foi retirada e a lei passou a tutelar todas as mulheres indistintamente.

Conforme o autor Marcão e Gentil expõem (2015, p. 7):

[...] a ausência de *honestidade sexual* da mulher nunca constituiu imunidade à fraude que pode ser empregada para fins sexuais, e não é ético deixar sem proteção, como forma de “punição” ou “patrulhamento” da liberdade, aquela que se colocou a usar de seu erotismo de forma avolumada, com pouco ou nenhum critério.

Já com a Lei n.º 12.015/2009 esses delitos passaram a ser um delito único de tipo penal misto alternativo, denominando-se Violação Sexual mediante fraude, de modo que se o agente cometer uma ou as duas condutas típicas que estão nas elementares deste crime responderá apenas por um crime (CUNHA, 2015).

Artigo 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. Pena. Reclusão, de 2 (dois) a 6 (anos). Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (BRASIL, 2009, grifo meu).

Há neste tipo penal quase as mesmas condutas criminosas do crime de estupro, a conjunção carnal e o ato libidinoso, ficando de fora o uso da violência ou grave ameaça que é substituída pela fraude, pelo meio ardiloso para enganar a vítima, que sede a lascívia de *outrem* justamente por ser enganada.

[...] ter é conseguir, alcançar ou obter, sendo o objeto a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O mecanismo para atingir o resultado pretendido é a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. O tipo é misto alternativo, podendo o agente ter conjunção carnal e praticar ato libidinoso contra a mesma vítima, no mesmo local e hora, para se configurar crime único (NUCCI, 2019, p. 929).

Nos mesmos moldes da unificação concretizada entre estupro e atentado violento ao pudor onde se conciliou ambas as condutas do tipo penal do art. 213, elaborou-se a idêntica reunião de tipos penais aqui, introduzindo parte do conteúdo do art. 216 ao art. 215, de modo que, o delito deixou de ser próprio e passou a ser comum. Assim, o agente que pratica tal crime é uma espécie de estelionatário

sexual, que sem usar violência pratica conjunção carnal ou ato libidinoso, vale-se de meios fraudulentos para isso, impedindo a livre manifestação da vítima, induzindo-a ao erro ou se aproveitando de seu erro para valer-se sexualmente (CAPEZ, 2019).

É a finalidade de satisfazer lascívia por meio da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, implícita no tipo. Ainda que haja intuito vingativo ou outro qualquer na concretização do ato libidinoso, não deixa de envolver uma satisfação mórbida de prazer sexual. É que se pode chamar de elemento subjetivo de tendência, tal como se dá nos delitos sexuais (JESUS, 2011, p. 834).

O bem jurídico tutelado em questão é a liberdade sexual de qualquer pessoa de dispor de seu próprio corpo, é a vontade de se praticar ou não a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com *outrem*. Porém, na prática, esse tipo penal é menos comum, pois se exige que a vítima seja enganada e que a fraude recaia sobre os fatos essenciais da situação, a ponto de que se a vítima soubesse a verdade não o teria praticado o ato (CAPEZ, 2019). Como se percebe com a Lei n.º 12.015/2009, além da mudança no texto da lei em seu tipo penal alterou-se também o seu preceito secundário que dispõe sobre a pena, pois anteriormente a pena era de um a três anos, e agora é de dois a seis anos de reclusão agravando-se, além de multa, se houver favorecimento financeiro.

2.3 Importunação Sexual

O crime de importunação sexual trata-se de tipificação nova, que fora incluída pela Lei n.º 13.718 de 2018 em 24 de setembro de 2018, e se deu por fatos midiáticos de repercussão nacional, em que um homem masturbou-se e ejaculou no pescoço de uma passageira dentro de um transporte coletivo. O caso teve enorme indignação porque conforme a legislação penal brasileira não havia tipificação criminal ao qual a conduta do sujeito se enquadrasse, sendo o ato considerado apenas atentado ao pudor, que se trata de contravenção penal punida com pena de multa (TOURINHO FILHO, 2018).

Isso porque, a ação de ejacular em alguém, ainda que contra sua vontade não pode se enquadrar como estupro, pois além de não haver violência ou grave ameaça, não houve nenhum contato libidinoso com a vítima, destarte, o meio social exigiu posicionamento do legislador, o que resultou na nova tipificação. Porém, essa tipificação não alcançou esse caso em específico por se tratar de um claro exemplo

de *novatio legis in pejus*, fazendo com que a Lei não pudesse ser aplicada a fatos pretéritos a sua publicação, em decorrência ao Princípio da Irretroatividade da Lei Penal mais gravosa ao réu (MASSON, 2021).

O artigo 215-A tipifica como crime de importunação sexual: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave” (BRASIL, 2018). Além disso, através das elementares desse tipo várias condutas que até então se enquadravam no ato libidinoso do crime de estupro foram reajustadas para a importunação sexual que se faz um crime menos severo, havendo inúmeras críticas quanto à mudança (MASSON, 2021).

Deste modo, após tal modificação pode ser considerado crime de importunação sexual o ato de apalpar as nádegas ou seios de alguém sem sua permissão, o de roubar-lhe um beijo e de ejacular em pessoa determinada. Parte da doutrina defende que tal reajuste, na verdade, baseia-se no Princípio da Proporcionalidade, se embasando no fundamento de que não se pode ter como condutas de mesma ofensividade o ato libidinoso e a ação de apalpar *outrem*, porquanto, ambas as condutas não poderiam ter a mesma reprimenda estatal (CAPEZ, 2019). Já os doutrinadores mais modernos apontam que essas transformações tornaram mais permissivas algumas condutas extremamente machistas e comuns hodiernamente no meio social como a de apalpar o corpo da mulher ou de beijar-lhe a força, o que se faz inadmissível nos dias de hoje.

2.4 Assédio Sexual

O crime de assédio sexual foi incluído no ordenamento jurídico por meio da Lei n.º 10.224 de 2001, constituindo-se um tipo penal relativamente novo e que se demonstra pelo constrangimento de alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, valendo-se da posição hierárquica que detém sobre outra pessoa.

Artigo 216 - A: constranger alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena de 1 (um) a 2 (dois) anos (BRASIL, 2001).

Antes de ser tipificado na seara penal, o crime de assédio sexual era solucionado pelos ramos do Direito Civil, do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo, a depender do local em que era praticada a conduta de assédio e da condição da vítima, porém sem punição criminal do agressor (CUNHA, 2015). Assim, verifica-se que para haver esse crime deve existir na conduta três elementos básicos qual sejam: o constrangimento de alguém (que se dá por importunar, aborrecer ou acanhar alguém), o intuito de vantagem ou favorecimento sexual e a superioridade hierárquica ou de ascendência inerente ao exercício do emprego, cargo ou função do agressor frente a vítima (NUCCI, 2019).

Aqui, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual relacionada ao ambiente de trabalho, e segundo Fernando Capez trata-se de “assédio laboral, pois o legislador somente tipificou o assédio decorrente de relação de trabalho” (2019, p.39). Observa-se que novamente é enfatizado o constranger alguém, onde o sujeito ativo é aquele que está em posição superior a *outrem*, já o sujeito passivo é a pessoa que está na posição de subalterno, de modo que o agente aproveita-se de sua superioridade para constranger a vítima que por necessitar do emprego cede às intimidações recebidas e pratica o ato sem querer praticá-lo.

[...] nesse sentido, o delito de assédio sexual reveste-se de especiais dificuldades de prova (v.g., o temor, por parte da vítima, de que venha a ser demitida e/ ou de que não logre encontrar outro emprego, o receio da reprovação social), pois normalmente não existem documentos, testemunhos ou perícias que possam atestar a sua ocorrência, restando tão somente a palavra do assediador contra a da vítima (PRADO, 2011, p. 816).

O assédio sexual pode ser executado por constrangimento verbal, escrito, gestual ou insinuações, não necessitando de emprego de violência, porém, não é qualquer gracejo que caracteriza o assédio, e sim, a importunação séria, ameaçadora a um subalterno (GRECCO, 2021). Os elementos do tipo são constranger alguém com o objetivo de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição, de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, onde constranger pode ter significados variados como: tolher a liberdade, impedir os movimentos, cercear, forçar, oprimir, embora prevaleça, quando integra tipos penais incriminadores, o sentido de forçar alguém a fazer alguma coisa (NUCCI, 2019).

Assediar significa perseguir com propostas, sugerir com insistências, ser inoportuno ao tentar obter algo, é molestar, atingindo a liberdade sexual de *outrem*, e, ainda, acrescenta-se que o verbo central deve ser conjugado com a figura secundária de se prevalecer, levando vantagem. Já o constrangimento associa-se à condição de tirar vantagem de alguém, em razão da condição de superior hierárquico ou ascendência, no exercício do cargo, função ou emprego (CAPEZ, 2019).

O superior hierárquico, que é elemento normativo do tipo, trata-se de condição decorrente de relação trabalhista, onde o agente em decorrência de força normativa ou de contrato de trabalho possui poder sobre *outrem* que lhe é funcionário, devendo existir essa carreira funcional que, por sua vez, é escalonada em graus. Na ascendência, por sua vez, o elemento normativo do tipo, não exige essa relação funcional, mas sim, uma relação de domínio, influência, respeito ou até mesmo de temor reverencial (CAPEZ, 2019).

Assinala Rogério Grecco que:

[...] essa ameaça deverá sempre estar ligada ao exercício do emprego, cargo ou função, seja rebaixando a vítima de posto, colocando-a em lugar pior de trabalho, enfim, deverá sempre estar vinculada a essa relação hierárquica ou de ascendência, como determina a redação legal (GRECCO, 2021, p. 105).

Na caracterização desse crime o constrangimento não pode ser realizado com emprego de violência ou grave ameaça, pois, deste modo se teria o delito de estupro. Aqui, então, o verbo constranger alcança outra dimensão, representando um tipo específico de constrangimento ilegal, que se desvinculado a essa posição de hierarquia ou ascendência em relação ao exercício de emprego, do cargo ou de função, não oportunizaria a concretude ou tentativa de tal delito (CAPEZ, 2019).

A consumação do crime de assédio sexual ocorre quando o assediador pratica o assédio devendo esse ser sério, de modo que a vítima se sinta constrangida, sendo dispensável que o agente obtenha qualquer vantagem ou favorecimento sexual desejado. A tentativa é admitida nesse tipo penal, por se tratar de crime material (exigindo-se para consumação o resultado naturalístico) e plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), permitindo o fracionamento do *iter criminis* (PRADO, 2011).

O núcleo do tipo no crime de assédio se representa pelo verbo constranger, que tem como significação a ação “[...] de incomodar, importunar, insistir com propostas à vítima, para que, com ela, se obtenha vantagem ou favorecimento sexual” (PRADO, 2011, p. 89), há, em regra, ameaça expressa ou implícita, que se relaciona a prejuízo para a vítima em sua relação de trabalho.

3 A Natureza Jurídica dos crimes contra Liberdade Sexual no ordenamento Jurídico Brasileiro

A Ação Penal se trata de direito subjetivo que todo indivíduo tem de buscar tutela jurisdicional, a fim de reparar direito próprio ou de terceiro que foi violado, posto que no Estado Democrático de Direito não mais se aceita, ao menos em regra, a autodefesa, e o Estado tomou para si a tutela na proteção de direitos, garantindo assim a ordem pública (BITTENCOURT, 2018).

É o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva (CAPEZ, 2018, p. 289).

Para Cleber Masson (2021, p. 858) “ação penal é o direito de exigir do Estado a aplicação do direito penal objetivo em face do indivíduo envolvido em um fato tipificado em lei como infração penal”. Coadunando Bittencourt (2018, p. 869) afirma que “consiste na faculdade de exigir a intervenção do poder jurisdicional para que se investigue a procedência da pretensão punitiva do Estado-Administração, nos casos concretos”. Ou seja, trata-se de direito objetivo que todos os indivíduos possuem de invocar tutela jurisdicional, garantido constitucionalmente, independentemente de raça, cor, crença, religião, idade, entre outros.

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a ação penal também se faz direito subjetivo do Estado, pois a priori é ele quem através seu *jus persecuendi* persegue o crime, por meio do devido processo legal, para posteriormente punir aquele que infringiu preceito primário de norma incriminadora. A ação é, então, um direito autônomo do indivíduo distinto ao direito material tutelado, fazendo-se direito abstrato ao passo que não se vincula ao resultado processual de condenação. É também direito subjetivo inerente a todos os sujeitos, sem qualquer distinção, e por fim, faz-se público, justamente, pela natureza pública de toda ação penal (CAPEZ, 2018).

Anteriormente a Lei n.º 12.015 de 2009, em geral os crimes contra liberdade sexual eram perseguidos através de ação penal privada, salvo algumas exceções, o que fazia com que fosse exigido o oferecimento de queixa da vítima ou de seu responsável para busca da punição do agente, conforme preconizava o artigo 225 do Código Penal: “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa” (BRASIL, 1940).

A justificativa de tais crimes serem perseguidos através de ação privada se dava porque suas consequências se remetiam gravosamente sobre a vítima, de modo que nada mais justo do que ela própria resolver se queria ter a sua intimidade exposta novamente para punição de seu agressor, havia algumas exceções que tornavam a ação pública condicionada ou incondicionada (PACELLI, 2021). Contudo, o uso da ação penal privada nesses crimes fazia com que muitos deles não fossem denunciados, e conseqüentemente não houvesse punição ao agressor, pelo simples fato de que a ação privada é impulsionada exclusivamente pela vítima, e nesses crimes as consequências já são severas a ela, trazendo medo e vergonha de denunciar.

Até o ano de 2009 havia apenas duas exceções que tornavam a ação pública condicionada à representação do ofendido ou de seu responsável ou pública incondicionada, que estavam previstas no § 1º, inciso I e II, do artigo 225 (BRASIL, 1940). Por muito tempo a ação contra esses crimes foi pública condicionada à representação apenas se a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo penal sem se privarem de sua manutenção ou de sua família ou seria pública incondicionada caso fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Art. 225, § 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

- I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (BRASIL, 1940).

Em consonância a essas duas exceções existia a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal que citava “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”, representando uma terceira situação, não prevista no Código Penal vigente a época (STF, 1984). Com o advento dessa Lei e, conseqüentemente, com a alteração do artigo 225 do Código Penal, em regra, a ação penal passou a ser pública condicional à representação, salvo se, a vítima fosse menor de dezoito anos ou fosse pessoa vulnerável, pois, nesses casos a ação penal será pública incondicionada.

Ate essa data, a ação penal incondicionada só ocorria se o crime fosse cometido contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, porém, há de se especificar o termo vulnerabilidade, posto que “[...] a lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc” (CAPEZ, 2008, p. 221).

O vulnerável que trata o dispositivo é a pessoa que, de forma perene, encontra-se em situação, seja em razão da idade, ou de enfermidade mental ou mesmo um coma estendido, que não permita à sedizente vítima declarar sua vontade (LOPES JR, 2018, p. 214-215).

Portanto, no crime contra vulneráveis estes precisam estar em condição de vulnerabilidade permanente, e não somente momentânea, sendo então, “em razão da idade, ou de enfermidade mental ou mesmo um coma estendido, que não permita à sedizente vítima declarar sua vontade” (LOPES JR., 20018, p. 214-215). Isso porque nem sempre a vítima, que se encontra em vulnerabilidade no momento delitivo, encontrava-se vulnerável no momento da denúncia, sendo necessária essa condição perene de não manifestar sua vontade (MARCÃO, 2018). Como visto, a referida lei alterou a natureza jurídica da ação penal, porém, várias discussões se deram em prol do entendimento da Súmula n.º 608 do Supremo Tribunal Federal, ao passo que os crimes do título mesmo cometido com violência real, conforme a nova literalidade do artigo 225 do Código Penal teria ação penal de natureza pública condicionada.

Em verdade, a subsistência da Súmula n. 608 do STF, como fonte normativa bastante para afastar a literalidade do artigo 225 do Código Penal, deriva de uma interpretação sistêmica e teleológica do preceito penal sancionador, que, a toda evidência, não admite condicionar o exercício de ação penal relativa a um crime que a Constituição da República qualificou como hediondo (TOURINHO FILHO, 2018, p. 444-445).

O autor Aury Lopes Júnior em doutrina recente afirma que (2018, p. 202) é “importante esclarecer que a Súmula nº 608 do STF segue em plena eficácia”. Para encerrar as discussões, em 2018 a Lei n.º 13.718 determinou que todos esses crimes fossem perseguidos por meio de ação pública incondicionada, independentemente de a vítima ter menos de 18 anos ou ser vulnerável, o que significou enorme avanço. “Art. 225: Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”(BRASIL, 2018).

Excluindo-se, portanto por definitivo, a figura da ação penal privada, exceto quando essa se dê como subsidiária da pública, o que ocorre quando o Ministério Público se mantém inerte e a vítima se põe como titular da ação. Ou seja, quando a ação é pública tendo como titular o Ministério Público, mas este não age demonstrando-se inerte poderá o ofendido, seu representante legal ou sucessores, conforme o caso, ingressar com ação penal privada que será por sua natureza pública (CAPEZ, 2018).

Também chamada de queixa substitutiva, exige uma atenção maior, pois se trata de uma legitimação extraordinária para o ofendido exercer ação penal de um crime que é de iniciativa pública. Está consagrada constitucionalmente no art. 5º, LIX, e também nos art. 29 do CPP e 100, § 3º, do CP (LOPES JR., 2018, p. 222).

Conforme preconiza a Carta Maior do nosso ordenamento, em seu artigo 5º, inciso LIX: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (BRASIL, 1988). O artigo 100, §3º do Código Penal também preceitua dessa forma:

Artigo 100: A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 3º: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (BRASIL, 1940).

Essa ação continuará tendo natureza pública não se transformando em privada, o que ocorre é “uma legitimidade extraordinária, nascida da inércia do

Ministério Público”, que concede ao ofendido, vencido os prazos impostos em lei para o oferecimento da denúncia, fazê-lo para que esse não decaia (LOPES JR., 2018, p. 222). Esse prazo para denúncia do órgão ministerial está previsto no artigo 46 do Código de Processo Penal que versa:

O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos (BRASIL, 1941).

Dessa maneira, passado esse prazo poderá o ofendido oferecer “queixa subsidiária, dando início ao processo e assumindo o polo ativo (como acusador) da ação”, porém “poderá o MP intervir em todos os termos do processo [...] bem como, retomar a qualquer tempo como parte principal” (LOPES JR., 2018, p. 222-223). Com a opção pela ação penal pública incondicionada, que é aquela que se dá por iniciativa do Ministério Público enquanto titular dessa ação, agindo de ofício, hoje não há nenhuma dependência ou condicionamento à representação da vítima ou de seu representante para que o crime seja denunciado e perseguido, pois, presente os requisitos o Ministério Público agirá mesmo que sem qualquer provocação.

“Isso quer dizer que o Ministério Público não necessita de autorização [...] de quem quer que seja para iniciá-la. Basta constatar que está caracterizada a prática do crime para promover a ação penal”, independente da vítima querer ou autorizar tal fato (BITTENCOURT, 2018, p. 870). Assim, a ação penal pública inicia-se com o oferecimento da denúncia ao juízo, sendo que seu oferecimento passou a depender somente da existência de prova de materialidade e de indícios de autoria de um fato previsto em lei como infração penal (PACELLI, 2021).

Sempre que a Lei não exigir de modo diverso, a ação penal será pública incondicionada, conforme preconiza o artigo 100 do Código Penal, tendo essa, portanto, caráter residual. Conforme cita Capez (2018, p.206) “a atual Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada”, sendo este então, o *dominus lictis* da ação penal pública. “Artigo129: São funções institucionais do Ministério Público: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Se a autoridade policial venha a ter conhecimento de qualquer crime deste título, precisam instaurar inquérito policial de ofício, a fim de apurar responsabilidades, conforme cita o artigo 5º, inciso I do Código de Processo Penal: “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I- de ofício” (BRASIL, 1941). Já se o Ministério Público toma conhecimento de algum fato delitivo dessa natureza, já tendo prova de sua materialidade e indício de autoria concreta por alguém, deverá proceder com a denúncia dirigindo-a ao Juízo competente.

Essa mudança buscou maior reprimenda desses crimes buscando reprimi-los, além disso, muitas vezes essas condutas delitivas seguiam veladas pelo medo e vergonha das vítimas em denunciar, de modo que muitos deles acabavam prescrevendo, justamente por depender de queixa ou denúncia da vítima. O prazo para prescrição punitiva nesses crimes se dá, conforme o artigo 109 do Código Penal, pela pena máxima prevista em abstrato no preceito secundário do tipo penal.

Artigo 109: A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
 II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
 III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
 IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
 V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
 VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.
 VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano (BRASIL, 1940).

Como essa nova lei trouxe inovações de cunho material, por refletir de forma direta na persecução do crime pelo Estado, mas também trouxe norma procedimental, por alterar de fato a natureza jurídica da ação processual nesses crimes, trata-se de norma híbrida o que ocasionou constantes conflitos sobre o entendimento da sua retroatividade ou não aos processos em curso, pois, ela se faz mais maléfica aos réus (NUCCI, 2014). Para Lopes Júnior “[...] existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra do Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não” (2018, p. 122). Assim, como se fez mais gravosa a mudança legislativa

quanto à natureza penal das ações desses delitos não retroagiu, atingindo apenas as condutas delitivas futuras.

Porquanto, apesar de toda evolução legislativa para com os crimes contra liberdade sexual e apesar de toda rigorosidade punitiva que a lei impõe, percebe-se que segue velada uma culpabilização da vítima destes tipos de crime, e que se faz resposta aos valores machistas e patriarcais ainda vigentes na sociedade (GRECCO, 2021). E isso ocorre mesmo diante da clara perversão daqueles que o comentem, até mesmo por tratar-se de crimes que não são admitidos culposamente, sem um *animus* doloso do agente delitivo.

Quando se fala em algo culturalmente aceito remete-se a ideia de que são ações que se fundamentam pela história, ideologias e pensamentos de uma determinada sociedade, tratando-se de um reflexo social, que se não é praticado por todos, é ao menos tolerado por aquele meio (HUNGRIA; DOTTI, 2014). Parece temerário afirmar que há uma cultura em prol do estupro, pois parte-se de uma ideia de que a sociedade estaria incentivando esses crimes, porém é exatamente o que ocorre, senão diretamente, ao menos indiretamente (LIMA, 2012).

A origem da cultura do estupro está nas raízes do patriarcado, e se consolida e perpetua até hoje na sociedade brasileira através de crenças, valores e atitudes enraizadas no meio social, tratando-se de violência simbólica que segue mascarada (SANTIAGO, 2018). A cultura patriarcal pode assim ser definida através de uma “forma de organização e de dominação social fundamentada na exploração dos homens sobre as mulheres” (FREITAS; MORAIS, 2019, p. 112). Essa dominação dos homens sobre as mulheres sempre condicionou o sexo feminino a exercer apenas a função de mãe e de esposa, sendo sua presença limitada apenas ao lar (TOURINHO FILHO, 2018). Em consonância ainda, há nítida observação de que o Direito Penal é basicamente patriarcal, primeiramente por ser legislado, em sua maioria, por homens, segundo porque suas tipificações estão amparadas nesse ideal, sendo-lhe algo intrínseco.

Quando se trata de crimes sexuais a Organização Mundial de Saúde, em levantamento realizado no ano de 2018, verificou que 25% das mulheres com mais de 18 anos já sofreram algum tipo de violência ou abuso sexual, dados esses que são mundiais considerando 133 países diferentes (FREITAS; MORAIS, 2019). Esses números por si só já são alarmantes, mas quando comparados aos dados exclusivamente brasileiros verifica-se que esse percentual sobe para 37% das

mulheres brasileiras, alcançando cerca de 600 mil novos casos a cada ano (BRASIL, 2020). A culpabilização da vítima no caso de crimes sexuais se define como um fenômeno oriundo das relações de gênero desiguais e impressa na cultura do estupro, o que resulta na imputação de culpa e responsabilidade pelo crime à mulher que foi vítima (SANTIAGO, 2018).

Para as massas, se a mulher é cuidadosa e não se desvia das regras comportamentais do seio social, certamente terá menores chances de se tornar vítima de violência sexual. Implica dizer que, para o senso comum, normalmente a mulher só é estuprada se der algum motivo, o qual geralmente está imbricado com sua moral sexual (LIMA, 2012, p. 17).

A mulher, por aspectos religiosos, é socialmente relacionada ao pecado, por ser capaz de despertar no sexo masculino a perversão e o descontrole, assim se ela desvia-se da conduta social que lhe é esperada, faz jus a violência e agressão sofrida, que é justificável, havendo aqui verdadeira inversão da culpabilidade em tais crimes (FREITAS; MORAIS, 2019). Trata-se de violência estrutural que se alimenta pela desigualdade de gênero, pelo machismo e pela discriminação do sexo feminino que são mecanismos de dominação do patriarcado, mantendo os moldes desejados de perpetuação do poder masculino subjucando o feminino. “O estupro nada tem a ver com satisfação da lascívia ou obtenção de prazer, considerando que o sexo é um meio pelo qual a violência ocorre” (LIMA, 2012, p. 12).

O agressor apesar de ser qualificado como alguém desequilibrado que necessita satisfazer sua lascívia através da brutalidade e da violência sexual, em maior parte dos casos é alguém normal e que já se relaciona com a vítima, representando-se por amigos, parentes, cônjuges, namorados, enfim, em 70% dos casos é alguém com quem a vítima já possui uma relação pré-estabelecida (BRASIL, 2020).

E é justamente por todo esse contexto que a mera elevação da reprimenda para com os crimes contra liberdade sexual não atinge a origem desta celeuma, por não alterar a ideologia masculina de ter a mulher e seu corpo enquanto sua propriedade masculina, o que se faz um problema cultural e não meramente sexual. Portanto, para que haja mudança é necessário melhorar o contexto educacional do país, com a gradativa inserção de uma perspectiva de respeito para com o sexo feminino, a fim de garantir o direito da mulher de ser plenamente livre, o

que inclui a liberdade de expressão de seu próprio corpo, bem como, a manifestação de sua sexualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto é possível concluir em relação aos crimes contra liberdade sexual que diversas foram às transformações realizadas nestes desde suas tipificações iniciais, o que se deu, a priori, na colonização através das Ordenações Filipinas Portuguesas e posteriormente, por meio do Código Penal de Império, já em 1840.

Assim, a tipificação dos crimes contra a liberdade sexual, que inicialmente buscava proteger a moral e a honra, com o desenvolvimento da sociedade brasileira passou a objetivar a proteção do direito do indivíduo de dispor de seu próprio corpo sexualmente, tutelando em específico a mulher, que é a principal vítima dessas violências. É certo que cada um desses crimes possui suas peculiaridades, porém, por um longo lapso temporal essas tipificações trouxeram apenas a mulher honesta e virgem como elementar das condutas delitivas.

Isso demonstra culturalmente a ideologia patriarcal que tem como reflexo a subjugação do feminino e apropriação do corpo da mulher enquanto propriedade do homem, acarretando em um ciclo de violência-impunidade. Destarte, tem-se hoje que a natureza da ação penal para perquirir esses crimes é a ação pública incondicionada, ou seja, aquela que se dá independentemente da representação ou queixa da vítima, buscando justamente coibir a prática delitiva e ampliar as punições concretas.

Sendo que as mudanças realizadas possuem forte amparo constitucional, demonstrando preocupação latente para com a liberdade sexual e outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna, tais como a vida privada, a honra e a intimidade, reforçando a necessidade de uma tutela mais severa pelo Estado. Essa evolução legislativa culminou, então, na extinção de hipóteses em que se dá o cabimento da ação penal de iniciativa privada nesses crimes, buscando ampliar a persecução penal dessas condutas, que independem de denúncia da vítima.

Porém, a impunidade e ausência de denúncia se têm não pelas próprias leis em si, mas por bases no patriarcado brasileiro, pois se faz nítido que os alicerces fundantes do Direito Penal Brasileiro originam-se no direito romano, vigendo-se o poder patriarcal masculino, corroborando ainda com a consolidação desses ideais tem-se a colonização portuguesa.

Assim, ainda nos dias atuais é comum essa culpabilização da vítima que busca justificar a violência sofrida pelos hábitos, roupas e condutas da mulher, como se esse comportamento agressivo do agente da conduta se justificasse através desses meios. Sendo, porquanto, indispensável esse debate e outras pesquisas mais aprofundadas sobre o tema a fim de que se rompa com o machismo.

Ressalta-se que apenas o agravamento legal não é capaz de alterar essa cultura milenar, pois a motivação criminal para esses delitos não estão nos aspectos legais em si, mas nessa base cultural de que o homem detém o pátrio poder sobre suas relações. Isso somente se altera com a educação, através de uma formação que se baseie no respeito e na liberdade sexual que a mulher precisa ter.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, **César Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 24^o Ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018, volume 1.

BRASIL. **Código Penal – Decreto- de dezembro de 1940.** 26^a Ed. *Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal – Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** 26^a Ed. *Vade Mecum* . São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal – Lei nº 10.244, de 15 de maio de 2001.** 26^a Ed. *Vade Mecum* . São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal – Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** 26^a Ed. *Vade Mecum* . São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código Penal – Lei n. ° 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Brasília, DF – Senado Federal, 2009.

BRASIL. **Código Penal – Lei nº 13.718, 24 de setembro de 2018.** 26^a Ed. *Vade Mecum* . São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm
Acesso em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF – Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos - Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm
Acesso em: 25 de maio de 2021.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020.** Fundação Ford, São Paulo, 2020.

Disponível em: <file:///C:/Users/Administrado/Downloads/anuario-2020-final-100221.pdf>
Acesso em: 23 de maio de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte especial – art. 213 a 359 - A. 17ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2019, volume 3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 632p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial.** 3ª Ed. Rev. Amp. Atual. Salvador: JusPodvim, 2015, 768p.

FREITAS, Júlia Castro de Carvalho; MORAIS, Amanda Oliveira de. Cultura do estupro: feminismo e análise do comportamento. **Revista Acta Comportamental**, Vol. 27, Núm. 1 pp. 109-126, Rio de Janeiro, 2019.

Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Julia-Castro-De-Carvalho-Freitas/publication/331652743_Cultura_do_estupro_consideracoes_sobre_violencia_sexual_feminismo_e_Analise_do_Comportamento.pdf Acesso em: 30 de abril de 2021.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Salvador: JusPodvim, 2021, Volume Único.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, Renê Ariel. **Comentários ao Código penal. Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 : Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 : arts. 1º a 10, arts. 1º a 12.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, Volume I.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: /Parte Geral.** 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, volume 1.

LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica.** 2012. 34 f. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

Disponível em: <bitstream/123456789/5370/1/PDF%20-%20Marina%20Torres%20Costa%20Lima>.

Acesso em: 21 de abril de 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 1248p.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 1348p.

MARCÃO, Renato Flávio; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 463p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, Volume 3.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019, Volume 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19ª Ed. Rev. Atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 1712p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª Ed. Rev. Atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 1421p.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, 872p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal Brasileiro**. Parte Especial – Arts. 121 a 249. 10ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, Volume 2.

SANTIAGO, Brunna Rabelo. **Encarceramento e criminologia feminista: uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”**. 2018. 112f. Dissertação – (Mestrado em Ciências Jurídicas) Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018, 320p.