



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

REBECA PRADO PIGATTO

ESTUPRO: Uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e a sua aplicação no voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP. Será a nova legislação de crimes sexuais uma espécie simbólica do Direito Penal?

Brasília

2020

REBECA PRADO PIGATTO

ESTUPRO: Uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e a sua aplicação no voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP. Será a nova legislação de crimes sexuais uma espécie simbólica do Direito Penal?

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Cristiane Damasceno

Brasília

2020

PIGATTO, Rebeca Prado

ESTUPRO: Uma análise objetiva da Lei nº 13. 718 de 2018 e a sua aplicação no voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP Será a nova legislação de crimes sexuais uma espécie simbólica do Direito Penal?

42 Fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientadora: Cristiane Damasceno

REBECA PRADO PIGATTO

ESTUPRO: Uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e a sua aplicação no voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP. Será a nova legislação de crimes sexuais uma espécie simbólica do Direito Penal?

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Cristiane Damasceno

Brasília, de de 2020.

Banca Examinadora

Prof. (a) Orientadora Cristiane Damasceno

Prof.(a)

Prof.(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, pelo conhecimento que me fora dado, bem como pela força para superar os momentos de angústia e desespero e por sempre me mostrar qual caminho trilhar durante esta longa caminhada, me permitindo completar mais uma das tantas etapas da vida.

À toda minha família, em especial ao meus pais César e Rose que dedicaram suas vidas em fornecer todo o suporte e amor me apoiando em todas as minhas escolhas e decisões, bem como investindo sempre nos meus estudos com muito incentivo.

Dedico esse trabalho a minha grande amiga e irmã de coração, Luísa Moreira Lopes, que sempre me incentivou a correr atrás dos meus sonhos e me ajudou nos estudos, sem ela nada seria possível, é o meu porto seguro.

Agradeço aos meus amigos que sempre me colocaram para cima e estiveram ao meu lado.

Por fim, agradeço aos meus professores que com seus ensinamentos foram fundamentais nesta caminhada, e, principalmente, à minha professora e orientadora Cristiane Damasceno e a professora Camilla Gomes que me motivou a ser uma militante em prol dos direitos das mulheres, principalmente no que tange à luta contra a violência de gênero, bem como sendo um exemplo de profissionais, que busco me espelhar.

RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma análise objetiva da Lei nº 13.718 de 2018 e compreender a sua aplicação prática. Isso por meio do voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565, do TJSP. A pesquisa levou em conta a realização de um exame pormenorizado dos tipos de sujeitos envolvidos no caso concreto, que deu ensejo ao referido acórdão, o fundamento utilizado pelos desembargadores, bem como o contexto histórico e as justificativas para a promulgação dessa lei. Interpretar a lei e levar em consideração a complexidade dos fatos que a norteiam o momento de sua subsunção, é poder tentar compreender se há um direito efetivo ou simbólico, invisível. Fazer esse tipo de análise é essencial para estudar a criminologia, de modo a ajudar na realização de políticas públicas que visem de fato combater o crime, punir de forma proporcional, bem como orientar os legisladores a elaborarem diplomas normativos eficazes. Conclui-se que, a intenção da Lei foi criar uma figura intermediária para uma punição mais razoável nos casos que envolvam violência sexual, fazendo uma distinção entre importunação sexual e estupro. Todavia, a sua aplicação prática, pode gerar debates acirrados, pois há termos, como constrangimento, que por veze, têm interpretações diferentes, levando juízes a julgarem casos parecidos com decisões distintas, ora punindo mais, ora sendo mais brando.

Palavras-chave: 1. Estupro; 2. Violência; 3. Mulher; 4. Importunação sexual; 5. Dignidade sexual.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEXUAL.....	09
2.1 Criminologia Feminista.....	13
3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO	16
4 INOVAÇÃO LEGISLATIVA LEVADA À CABO PELA LEI 13.718/18.....	20
4.1 A necessidade da criação da Lei.....	20
4.2 Projeto de Lei.....	25
4.3 Realidades sociais por trás da Lei 13.718/18.....	26
4.4 Lei 13.718/18 na perspectiva do direito penal simbólico versus direito penal efetivo.....	28
5. APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI 13.718/18 NA APELAÇÃO CRIMINAL DE NÚMERO 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP	32
6. CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a Lei nº 13.718 de 2018 e compreender a sua aplicação prática. Isso por meio do voto proferido na apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565, do TJSP.

A pesquisa levou em conta a realização de uma análise detida dos tipos de sujeitos envolvidos no caso concreto, que deu ensejo ao referido acórdão, o fundamento utilizado pelos desembargadores, bem como o contexto histórico e as justificativas para a promulgação do atual diploma legislativo sobre estupro. Levou-se em consideração a comparação entre a Lei 12.015/09 e a Lei 13.718/18, bem como a conceituação do que seja violência de gênero e sexual.

Interpretar a lei, é levar em consideração a complexidade dos fatos que a norteiam no momento de sua subsunção, é poder tentar compreender se há um direito efetivo ou simbólico, invisível. Fazer esse tipo de análise é essencial para o estudo da criminologia, de modo a ajudar na realização de políticas públicas que visem de fato combater o crime, punir de forma proporcional e auxiliar os legisladores na elaboração de leis efetivas.

Com a reforma legislativa penal trazida pela Lei 13.718/18 houve a criação do artigo 215-A no Código Penal, tipificando o crime de importunação sexual com a seguinte redação: “Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. “.

Mostra-se necessário compreender a aplicabilidade na prática da *novatio legis*. Isso porque, o legislador abriu margem para interpretações diferentes e pode ser um problema no momento de dar efetividade do cumprimento legal e da segurança jurídica do bem jurídico tutelado, que é a dignidade e liberdade sexual.

Assim pontuam Lins, Zapater (2018), ficando a critério do magistrado entender o que é constrangedor, qual o limite de um beijo LGBT em cenário público para não se enquadrar em lascivo caso outrem registre um boletim de ocorrência em delegacia tendo presenciado ato libidinoso sem sua anuência, por exemplo.

2 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEXUAL

O presente trabalho busca compreender o processo de mudança de roupagem dos tipos legais que tratam sobre o estupro, violência contra a dignidade sexual, ao longo dos últimos anos, principalmente no que se refere as novidades trazidas pela Lei nº 13.718/2018. Na prática, o foco desse tipo de crime se encontra principalmente contra as mulheres. Tentar entender o que seja a violência de gênero é uma maneira de tentar combatê-la e assim preveni-la.

Vera Regina Pereira de Andrade (2005) buscou entender o funcionamento do sistema de justiça criminal sob o aspecto da violência sexual contra a mulher, especificadamente o estupro. Para isso, abordou o marco teórico da Criminologia desenvolvida com base no controle social da Criminologia crítica feminista. Apontou aspectos referentes à soberania do patriarcado e à duplicação da violência arrastada por ele, bem como indicou a necessidade de inclusão e corresponsabilização de todos, como coparticipes institucionais ou simbólicos do controle social e penal, concebida em sua dimensão estrutural, institucional e intersubjetiva.

A liberdade sexual que diz respeito à livre manifestação da vontade, autonomia sexual, direito pleno à inviolabilidade carnal, livre consentimento, é um bem jurídico tutelado pelo Código Penal Brasileiro, com a noção dada por Roxin (1999 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 27 e 49) “[...] bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, que toda gente conhece que o Estado Social deve proteger penalmente”.

As mulheres são as principais vítimas nos casos de crimes sexuais, como o estupro, que com o advento da Lei 12.015/09 mudou-se a redação para: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Diante dessa mudança, houve a possibilidade de os homens serem vítimas desse delito, não sendo mais restrito apenas às mulheres.

Martins, Reis e Carvalho (2004) citam que o fenômeno da violência sexual não está diretamente ligado a um tipo de classe social, cultura, nível socioeconômico, mas sim é uma espécie de câncer pelo qual todos estão suscetíveis de serem vítimas:

A violência sexual, uma das facetas do complexo fenômeno violência, desconhece barreiras de classe social, tipos de cultura, níveis socioeconômicos e limitações individuais. Seus incidentes ocorrem tanto no espaço privado quanto no público,

atingindo pessoas de ambos os sexos e de todas as faixas etárias. (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004)

No Código Penal Brasileiro, o estupro faz parte do rol taxativo de crimes hediondos, previstos no artigo 1º, inciso V da Lei 8.072/90, dada a explicação de Frutuoso (2019): “os quais possuem maior reprovação por parte do Estado, sendo insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança”.

Seguindo entendimento, por ser um crime hediondo, possui um tratamento mais rígido, logo por exemplo, para que haja a progressão de regime, diferentemente dos demais, é necessário que haja um cumprimento maior da pena, conforme *in verbis*:

A progressão de regime para esses crimes, diferentemente dos demais que, a depender de outras circunstâncias, seria possível mediante cumprimento de 1/6 da pena, se dá somente após o cumprimento de 2/5, se primário, e 3/5, se reincidente, dentre outras medidas consideradas mais drásticas. (FRUTUOSO, 2019, s/p)

Nesta mesma linha de pensamento, Mattoso e Tabuchi (2014) observam que as principais vítimas desse tipo de crime são as mulheres. Os autores explicam esse fenômeno, pois no intuito de melhor entender o que seja a violência sexual, perceberam que a destinação dos referidos papéis se fundam, inicialmente, em um modelo patriarcal de família que é o que se predomina nas sociedades capitalistas. Esse modelo caracteriza-se pela existência da submissão da mulher, e também dos filhos, ao poder paterno do chefe. Nesse contexto, o autor afirma que a mulher se torna mero instrumento para a reprodução, devendo servir e obedecer ao homem.

O modelo patriarcal tem sofrido mudanças com o passar do tempo e ainda que não seja mais possível caracterizar rigidamente a divisão entre “homem provedor” e “mulher dona de casa”, as formações familiares ainda continuam perpetuando uma cultura machista, logo, para Andrade (2005) todos nós somos de forma informal o sistema penal, tendo em vista que cada pessoa desde a infância produz um microssistema criminal (simbólico) e é reproduzido no cotidiano.

Com visão no sistema funcional e estrutural da sociedade, Mattoso e Tabuchi (2014, p. 88) alegam que ocorre uma naturalização, tentando-se fazer crer que a mulher é socialmente responsável pela manutenção do lar e pela criação e educação dos filhos, ou seja, a mulher só tem espaço doméstico e isso é devido o fato da mesma ter a capacidade de ser mãe. Em contraposição às mulheres “dignas do lar” (que devem ser dóceis, frágeis e passivas), a

mulher pública é vista como a “mulher da rua” (a que cumpre um papel de objeto sexual consumível e que na maioria das vezes são taxadas de promíscuas). Isso explica o motivo das mulheres constantemente sentirem medo ao ter que exercer o seu direito de ir e vir, assim como o número imenso de assédio sexual pelos quais elas sofrem nas ruas, em especial no transporte coletivo:

A rua sempre foi um espaço ocupado por homens. Assim, por óbvio, as mulheres são seres estranhos a essa localidade, são sujeitas ao julgo de olhares, ao julgo dos donos do espaço público, são reduzidas a objetos à mostra para o bel prazer dos homens, independentemente de suas sexualidades, desejos ou vontades. Isto é, o corpo das mulheres aparece, no espaço público, como não pertencentes às mesmas, passam a existir para o outro, passam a ser uma coisa para ser olhada. (MATTOSO; TABUCHI, 2014, p. 89)

O núcleo do controle feminino no patriarcado é o controle sexual, o que impõe que a mulher deve se preservar virgem, zelar por sua reputação, pois a criminalização de condutas como o estupro só será punível a depender da reputação da vítima e/ ou do agressor. É o que afirma Andrade (2005, p.90-91):

O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino “lógica da honestidade” – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher, lógica que não se reduz, por outro lado, à criminalização secundária. Pois pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da Lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas. (ANDRADE, 2005, p.90-91)

Em harmonia com o pensamento de Andrade (2005), Mattoso e Tabuchi (2014), realizaram um estudo sobre a segregação, culpabilização feminina e opressão, apresentam que a percepção de papéis sociais de gênero, a virilização masculina e a domesticação feminina, não são causalidades naturais, pelo contrário, surgem por meio de determinantes sociais e econômicos. Por outro lado, ao mesmo tempo em que o imaginário do que é feminino e o masculino surgiram de necessidades concretas, o mesmo também atua de forma decisiva na formação das identidades sociais de gênero:

A identidade social da mulher, assim como a do homem, é construída através da atribuição de distintos papéis, que a sociedade espera ver cumpridos pelas diferentes categorias de sexo. A sociedade delimita, com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem. (Roxin, 1987, p.8 apud SAFFIOTI, 2014, p. 83)

A violência contra as mulheres é um fator rotineiro, porém, o ponto de partida

para a internalização e entendimento desse comportamento social, raiz do problema, como analisa Mattoso e Tabuchi (2014, p. 92), é o machismo.

É preciso desvelar que o assédio que a mulheres sofrem, seja no transporte público, ou em qualquer outro ambiente, não ocorre por que os ônibus são mistos e tendem a ser superlotados, em especial nos horários de pico. Pelo contrário, o que permite que esses abusos ocorram é o fato de seus corpos são entendidos como corpos disponíveis para o uso masculino. Ou seja, o que faz com que as mulheres sofram assédio é o machismo, um traço estrutural da nossa sociedade. (MATTOSO; TABUCHI, 2014, p. 92)

A justiça criminal, que tem por objetivos respeitar o Estado Democrático de Direito e sua Constituição Federal, bem como cumprir com eficácia a missão de prevenir a criminalidade, acaba por duplicar o machismo sobre a vítima, com a violência institucionalizada começada em casa, o sistema de justiça criminal fomenta estereótipos de preconceito e de desigualdades. Andrade (2005) explicita tal conduta, ao analisar que além da violência sexual representada por determinadas atitudes masculinas, como por exemplo: estupro, atentado violento ao pudor, dentre outras atitudes, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz dois tipos de violência: “a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero)”. (ANDRADE, 2005, p. 75)

A culpabilização da mulher, maior vítima da violência sexual, se baseia também em determinados fatores sociais e comportamentais ao passo que, a vítima teoricamente pediu implicitamente para sofrer a violência sexual. De acordo com Mattoso e Tabuchi (2014), são eles: a roupa da vítima, julgamento moral acerca da sua vida, imprudência e o local onde ocorreu o abuso:

Os discursos de sedução e de culpabilização do feminino têm atravessado a história há séculos. Além de serem percebidas como passivas, acusadas de permanecerem em relações violentas e de não protestarem contra os abusos sofridos, as mulheres e meninas têm sido vistas como provocadoras, sedutoras e, portanto, culpadas pela violência que sofrem. (MATTOSO; TABUCHI, 2007, p.79 apud KARVAZ; KOLLER, 2014, p. 93)

Com segmento, Andrade (2005) complementa:

O julgamento de um crime sexual-inclusive e especialmente o estupro- não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina, nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. (ANDRADE, 2005, p.98)

Nota-se a seletividade de possíveis vítimas referente à conduta relacionada à honra, tendo como base a virgindade e mulheres donas de casa e os criminosos representando estereótipos relativos à pobreza, marginalização, é o que se Andrade (2005) afirma:

[...] o estereótipo do estuprador como um ser anormal, de lascívia desenfreada, estranho à vítima, e, numa preconceituosa masculina, continua-se acentuando o encontro sexual e o coito vaginal antes que a violência. E este estereótipo continua agindo no SJC, condicionando tanto a seleção quanto a impunidade, pois embora domine a violência familiar e entre conhecidos, a seleção se dá fora dela: os etiquetados como estupradores, ao que tudo indica, são estranhos à vítima e, naturalmente pertencentes aos baixos estratos sociais. (ANDRADE, 2005, p.38)

Os ofensores para concretização de seu intento, como ressalta Martins, Reis e Carvalho (2004) se utilizam das relações de gênero, de poder e meios coercitivos sendo formas de constrangimento, como “intimidação, armas ou mesmo a força física, diante dos quais a resistência da vítima pode acarretar riscos gravíssimos, inclusive da própria vida.” (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004, p.1)

Com todo sofrimento passado até a consumação do delito, a vítima da violência sexual, com ênfase na mulher começa uma série de novos infortúnios gerados pelo agressor:

Mesmo não sendo um problema específico da saúde e sim da sociedade, diante do grande número de vítimas, dos agravos e ameaças à vida, às relações interpessoais e à saúde, a violência adquiriu proporção de um complexo problema de saúde pública^{4,5}. Na violência sexual, além dos danos psicológicos, do risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis e o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV), verifica-se a possibilidade da ocorrência de gravidez pós-estupro e de lesões genitais e não-genitais decorrentes da violência presente nesse tipo de ofensa. (MARTINS; REIS; CARVALHO, 2004, p.2)

2.1 Criminologia Feminista

A criminologia, ou o estudo do crime, é uma ciência interdisciplinar que se configura com o “ser”, diferente do direito que se configura como dever ser.

Penteado Filho (2019) traz o conceito de criminologia:

Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo e da vítima, e o controle social das condutas criminosas. (PENTEADO FILHO, 2019, p.21)

Insta ressaltar, que não existe apenas uma criminologia, assim, muitos também serão os seus conceitos como afirma Mendes (2017), que podem estar relacionados a crime, ao criminoso, a vítima, ao sistema criminal, ou ao controle.

Andrade (2005) afirma que houve três grandes momentos históricos e epistemológicos dentro do sistema de justiça criminal, cruciais para o desenvolvimento da Criminologia sob o ângulo do feminismo. (ANDRADE, 2005, p.73)

Segundo a autora, o primeiro momento foi a década de 1960, quando se estabeleceu a passagem da violência individual para a violência institucional. O segundo período se deu a partir da década de 1970, ocasião em que ocorreu o desenvolvimento materialista desta Criminologia, o que marcou a passagem para a denominada Criminologia radical, Nova Criminologia e Criminologia crítica, no âmbito das quais o sistema de justiça criminal recebeu uma interpretação macrossociológica no marco das categorias capitalismo e classes sociais ou Criminologia da violência estrutural. Por outro lado, foi na década de 1980 que o desenvolvimento feminista da Criminologia crítica marcou a passagem para a Criminologia feminista, contexto em que o sistema de justiça criminal passou a ser interpretado de maneira macrossociológica no marco das categorias patriarcado e gênero. (ANDRADE, 2005, p. 73)

A mulher entra no estudo da criminologia com o autor Lombroso em 1892 em parceria com Giovani Ferrero na obra *La Donna Delinquente*, onde a mulher em seu sistema biológico é comparada ao homem e passa a assumir possíveis formas de se caracterizar, como relata Mendes (2017) que a prostituta, para Lombroso assume o melhor papel de delinquente, em decorrência da sua sexualidade não estar relacionada a ser mãe.

Dessa forma, Andrade (2005) ressaltada a importância do feminismo para retratar a história de um saber masculino onipresente e a de um sujeito ausente, o feminino e sua dor:

Fundamental, portanto, invocar a importância do feminismo como outro sujeito coletivo monumental que, fazendo a mediação entre a história de um saber masculino onipresente e a história de um sujeito ausente o feminino e sua dor – e ressignificando a relação entre ambas, aparece como fonte de um novo poder e de um novo saber de gênero, cujo impacto (científico e político) foi profundo no campo da Criminologia, com seu universo até então completamente prisioneiro do androcentrismo: seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos), seja pelos sujeitos produtores do saber (os criminólogos) ou pelo próprio saber. “O Homem criminoso” (1871- 1876), título da histórica obra do médico italiano César Lombroso, é emblemática a respeito, muito embora o próprio Lombroso, na continuidade, já abordasse a criminalidade das fêmeas. (ANDRADE, 2005, p.73-74)

Assim sendo, a Criminologia nasceu oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso e desde então vem passando por diversas mudanças:

A Criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso, transformou-se e está a se transformar, cada vez mais, numa teoria crítica e sociológica do sistema de justiça criminal (ciência social) se ocupando, fundamentalmente, da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas e patriarcais. (ANDRADE, 2005, p. 74)

Budó e Gindri (2016) por meio de um estudo sobre a Criminologia Crítica e do paradigma referente à gênero, buscou entender se o movimento feminista, ao tratar sobre a Lei Maria da Penha, apropriou-se de uma função simbólica do Direito Penal. Isso por meio de uma análise de discurso de 32 postagens de 6 blogs feministas. Por meio disso, as autoras perceberam que há um predomínio das funções simbólicas sobre as funções reais e instrumentais do direito no movimento feminista, apesar de críticas sobre o sistema penal brasileiro, restou claro e notório uma presença grande de desejos pela expansão do sistema, a partir do momento em que se levanta a bandeira em prol do agravamento de penas, criação de novos tipos penais. Dessa forma, Budó e Gindri (2016) chegam à conclusão de que tudo isso leva à uma deslegitimação do sistema de controle penal.

Segundo Budó e Gindri (2016, p. 237) movimentos sociais fomentam demandas capazes de modificar o Direito Penal. Todavia na prática, nem sempre essas inovações vêm para melhorar. O marco teórico feminista é o paradigma de gênero, onde se permite uma visão de masculino e feminino como constructos culturais e históricos, o que é um importante fundamento para uma mudança do Direito. A Criminologia Crítica tem como escopo questionar a ampliação do Direito Penal em decorrência das consequências drásticas que o referido instrumento pode provocar e da sua ineficácia real na solução de conflitos.

3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

A famosa frase “lei para inglês ver” é uma boa definição do que seja Direito Penal Simbólico. No dia-a-dia, muitos crimes chocam a sociedade, que em sua maioria leiga no assunto políticas criminais, direito penal, requerem uma resposta do Estado a todo custo. Não é à toa, que no decorrer dos anos, tipos penais foram surgindo, porém muitas vezes ineficazes. A sociedade vê a pena somente como punição, se esquecendo do principal, a ressocialização. Nem sempre a punição severa, será sinônimo de justiça. O estudo da criminologia, aliado com as políticas criminais evitam o direito simbólico. Entender o que seja esse direito penal simbólico é uma forma de evitar trabalhos em vão e fomentar práticas realmente eficazes na busca por um mundo menos violento.

Ripollés (2004) alega que o Direito Penal Simbólico advém do predomínio dos efeitos simbólicos com relação dos efeitos instrumentais. Ele cita que essa simbologia ocorre quando a consequência da pena é uma produção de efeitos sócio pessoais expressivos integradores, mas que, no entanto, não possuem legitimidade por sua natureza, tendo em vista que não se acomodam às políticas criminais que fundamentam a pena. (RIPOLLÉS, 2003, p. 164).

Nesta mesma linha de raciocínio Budó e Gindri (2016, p. 241) afirmam que o sujeito deixa de ser o destinatário de uma política de reintegração social, é o que preceitua a política de reintegração social. Dessa forma, passam a ser uma espécie de bode expiatório de uma resposta do Estado, que sem ter o embasamento de estudos sobre política criminal, uma visão macro do problema, exigem uma resposta penal simbólica que exerça uma função preventiva e integradora, mas que na prática não serve para surtir mudanças sociais. Isso faz com que haja um abandono de esforços na consolidação de uma moral civil imprescindível dentro de uma sociedade pluralista e acabam por empobrecer o filtro necessário para identificar conteúdos com a limitação do direito.

A proteção do bem jurídico cede lugar à demarcação de situações relevantes e irrelevantes no que se refere ao sistema penal. (BUDÓ; GINDRI, p. 241-242)

Nesta linha de raciocínio entre simbologia e violência contra a mulher, Andrade (2005) realizou uma análise teórica e empírica do funcionamento do sistema de justiça criminal relativo à violência sexual contra a mulher, o que restou constatado a sua ineficácia:

1) num sentido fraco, o SJC é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos

interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero. O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades protetora, preventiva e resolutoria do SJC.

2) num sentido forte, o SJC (salvo situações contingentes e excepcionais) não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência (particularmente da violência sexual, que é o tema da pesquisa) como também duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista. (ANDRADE, 2005, p.75)

A explicação é que tal ineficácia decorre de um subsistema de controle social seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres: “Isto porque [...] é, ele próprio, um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas”. (ANDRADE, 2005, p. 75).

Conforme Andrade (2005), a violência sobre a vítima mulher se inicia na própria família. Para piorar a situação, o sistema de justiça criminal duplica, ao invés de proteger a vítima feminina, fomentando estereótipos de preconceitos e de desigualdades, visto que além da violência sexual representada por determinadas atitudes masculinas, como por exemplo: estupro, atentado violento ao poder, dentre outras atitudes, a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz dois tipos de violência: “a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero)”. (ANDRADE, 2005, p. 75)

Mas o que o sistema de justiça criminal representa e o que ele promete? Andrade cita (2005) que é importante estudar a conjuntura do sistema de justiça criminal para que se possa entender o motivo de sua ineficácia para com relação ao gênero feminino. Primeiramente Andrade (2005) discorre sobre a dimensão normativa, marcada por um Estado onipresente em nível Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo um sistema monumentalmente percebido pelo Outro. Por outro lado, há a dimensão ideológica-simbólica, representada pelo saber oficial e ideologia penal dominante (proteção do bem comum, intimidação *erga omnes*). (ANDRADE, 2005, p. 77)

De acordo com Penteado Filho (2019) existem dois sistemas de controle na sociedade o informal que possui um viés de prevenção e o controle social formal, que possui sentido político-criminal. A família, escola, religião, profissão, são formadores morais e fazem

parte do controle social informal, enquanto o Ministério Público, a polícia, a justiça, administração penitenciária, são exemplos do controle social formal que estrutura a sociedade.

É válido frisar, que segundo Andrade (2005), o sistema de justiça criminal no Brasil possui uma eficácia invertida, ou seja, objetiva proteger os bens jurídicos universais, ao passo que não se preocupa em combater a criminalidade:

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e estigmatizantemente e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). (ANDRADE, 2005, p. 79)

Em suma, Andrade (2005) afirma que os aspectos normativo e ideológico-simbólico do sistema de justiça criminal servem para selecionarem aqueles que serão punidos, assim como solidificarem ainda mais os estereótipos e estigmas já existentes, representando toda uma mecânica de controle constitutiva e reprodutora das profundas assimetrias que engendram e alimentam os preconceitos, conforme *in verbis*:

Nesse sentido não reage contra uma criminalidade que existe ontologicamente na sociedade independentemente da sua intervenção, mas é a própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio) que, ao reagir, constrói, co-constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativa e quantitativa- mente (criminalização primária); b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num continuum pela Polícia-Ministério Público e Justiça (criminalização secundária); e c) estigmatizadas, especialmente na prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas (criminalização terciária). (ANDRADE, 2005, p.80)

Segundo Andrade (2005), a seletividade é a função real e lógica estrutural de funcionamento do sistema de justiça criminal, frequente às sociedades capitalistas patriarcais. Isso porque, de acordo com uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério de Justiça a partir de 1995, ficou claro que no Brasil há uma aproximação entre os dados da criminalização da pobreza (em torno de 95%) e os dados da criminalização masculina (em torno de 96%, contra aproximadamente 4% de criminalização feminina):

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina. (ANDRADE, 2005, p. 81)

Zaffaroni (1991) afirma que o discurso que o direito penal tem de punir e de prevenir a prática de crimes é uma utopia, pois não se realiza na prática. Alega que o sistema penal é “estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente aos setores vulneráveis” (ZAFFARONI, 1991, p. 27).

Jakobs (1991) cria o denominado funcionalismo sistêmico, para ele, a função do direito penal é assegurar a vigência do sistema a partir do momento que protege o império da norma. Segundo o autor, quando o sujeito é penalizado, aquele gesto serve apenas para demonstrar que a norma continua em vigor, deve ser obedecida e aquele que quiser desrespeitá-la será punido. Ele não acredita na finalidade de se assegurar bens jurídicos, até mesmo porque ele já teria sido violado.

4 INOVAÇÃO LEGISLATIVA LEVADA À CABO PELA LEI 13.718/18

4.1 A necessidade da criação da Lei

No Código Penal Brasileiro, antes do advento da Lei 13.718/18, havia uma desproporcionalidade da pena mínima cominada ao crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, quando aplicado a condutas que acarretava menor lesão ao bem jurídico da vítima, havendo então, a necessidade da criação de um tipo penal intermediário que suprisse a lacuna legal de maneira a não violar os princípios fundamentais inerentes tanto ao autor quanto à vítima do crime. Isso porque, o tipo do antigo artigo 213 era aberto e acabava por enquadrar a conjunção carnal na mesma seara que a prática, permissão de um ato libidinoso.

Por vezes, juízes acabavam desclassificando o tipo estupro para a contravenção penal importunação ofensiva ao pudor, por considerarem que ato libidinoso era um termo aberto e que era desproporcional penalizar o sujeito que havia cometido ato libidinoso com a mesma pena daquele sujeito que havia praticado conjunção carnal. Ocorre que, essa desclassificação acabava por fazer com que atos libidinosos saíssem impunes, visto que o preceito secundário do tipo estupro prevê pena de reclusão de 6 a 10 anos, enquanto o da contravenção penal citada era pena de multa.

O grande clamor social diante dos repetidos casos noticiados em mídias televisivas de forma jornalística em 2017, escancarou a atuação de agentes por maioria masculinos com condutas como apalpação, “encoxamentos” e até ejaculação em vítimas, mulheres, em ônibus, lugares públicos, meios de transporte e outros.

Práticas essas, que até então, muitos juízes consideravam que não se encaixavam na tipificação de estupro por faltar os elementos típicos do crime como constranger alguém mediante violenta ou grave ameaça a ter conjunção carnal, conforme previsto na antiga redação do Art. 213, do Código Penal:

Estupro

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.

§ 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

Conforme Cachapuz e Tanferri (2015, p. 48) os crimes contra a dignidade sexual têm como intuito proteger a liberdade sexual do ser humano, punindo condutas que atentem contra a mesma. Insta ressaltar que, tal punição possui um caráter que ao mesmo tempo é repressivo e preventivo e visa assegurar o bem-estar da sociedade. Não devendo ir além e nem ficar aquém do indispensável à proteção da dignidade sexual. É o que afirmam as autoras: “Nesse desiderato, a pena deve ser aquela suficiente para a repressão e prevenção do delito, graduada de acordo com a gravidade do fato praticado e tendo em mira a importância do bem protegido e a efetiva lesão que a conduta vedada acarreta ao titular do direito atingido”. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 48)

Anteriormente à Lei 13.718/18, o artigo 213 do CPB que se refere ao crime de estupro, em pôr literatura: “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”.

Com a implementação da Lei 12.015/09, em que se fez a junção de duas condutas antes tipificadas separadamente, quais sejam, o estupro propriamente dito e o atentado violento ao pudor, notou-se uma desproporcionalidade na aplicação aos casos concretos onde há se ato libidinoso, porém, com menor ofensividade ao bem jurídico tutelado. Nota-se a necessidade de um tipo penal intermediário que supra essa carência. Com a abrangência do artigo 213, pela falta de taxatividade referente aos atos libidinosos e à referida percepção machista e patriarcal do Sistema de Justiça Criminal, nota-se uma desproporcionalidade na aplicação da pena de acordo com a lesividade ao bem jurídico tutelado, a liberdade sexual, além da seletividade de possíveis vítimas e criminosos. Com a percepção de Bittencourt (2008, p. 9 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 53)

A diferença entre o *desvalor* e a gravidade entre o *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.

Ressalta-se o claro desnível entre os variados tipos de atos libidinosos, importando a diferenciação da aplicação da sanção com relação aos coitos por Noronha (1999, p. 91 apud Cachapuz e Tanferri, 2015, p. 54

Os atos libidinosos obedecem a uma escala de diferentes graus de luxúria e devassidão. É a hierarquia da volúpia, indo desde os meros toques a tateios até os coitos anormais, todos importando diversos danos e justificando que, como dissemos no estupro, alguns deles- as cópulas anal e oral- deveriam constituir crimes mais graves.

Portanto, é possível dizer que o legislador pecou ao não diferenciar os atos libidinosos mais graves, dos mais leves, não sendo justo um crime de menor potencial ofensivo ser punido com o mesmo afinco daqueles notavelmente graves:

Ao aglutinar num mesmo tipo penal o estupro propriamente dito e o vetusto atentado violento ao pudor, com fincas em ampliar a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o legislador deixou para o aplicador da norma a árdua missão de definir quais os atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de receberem a elevada pena prevista ao crime de estupro. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

Acontece que, segundo Cachapuz e Tanferri (2015, p. 48), os legisladores não foram razoáveis, proporcionais ao fixarem um elevado patamar à pena mínima do delito de estupro. Ademais, não foram taxativos com relação a ampla possibilidade de condutas passíveis de serem caracterizadas como estupro.

Ainda alegam que o bem jurídico tutelado em se tratando dos crimes previstos no Título VI do Código Penal é a liberdade sexual: “a liberdade sexual em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual” (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p.49-50)

Mister se faz ressaltar, que com o advento da Lei 12.015/2009, houve relevantes mudanças no que tange a evolução do bem jurídico, dignidade sexual, modificou substancialmente as figuras típicas e ampliou a proteção. A Lei realizou reformas ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, objetivando adequar as normas penais às transformações dos modos de pensar e de agir da sociedade em matéria sexual, ocorridas desde a elaboração do Código Penal, e atualizou o Estatuto em face das inovações trazidas pela Constituição Federal e por construções doutrinárias mais recentes. Para Cachapuz e Tanferri (2015, p. 50) a nova abordagem reconheceu a importância do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bem merecedor de proteção penal: “Na nova abordagem dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 50)

A Lei 12.015/09 apesar de trazer benefícios, há que se notar uma problematização à cerca dos atos libidinosos, onde não há uma hierarquia e taxatividade para esses atos, cabendo todos, à máxima aplicação da pena de estupro ou havendo uma desclassificação para contravenção penal, o que em nenhum dos casos atenderia à efetiva função da proteção ao bem jurídico tutelado liberdade sexual, havendo uma desproporcionalidade significativa às referidas penas, sendo cabível no caso de contravenção penal a aplicação de multa, trazendo à tona uma possível legitimação e impunidade ao delito.

Dessa forma, abordou-se a necessidade de se criar um tipo penal intermediário no crime de estupro, afim de não haver essa desproporcionalidade e uma maior segurança jurídica. Há de se analisar também a evolução da liberdade sexual referente ao gênero feminino e a carga patriarcal, machista trazida desde a primeira redação do Código Penal nos anos 40, nos casos concretos atuais. Além disso há de se observar o poder da mídia tanto escrita, quanto falada, no caso a televisão, na determinação e imposição de valores sociais e na aplicação do direito no caso repercutido.

O tipo penal estupro, conforme Cachapuz e Tanferri (2015, p. 52), consiste em: “manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso contra a vontade da vítima. A conjunção carnal configura-se com a cópula vagínica, já os atos libidinosos são todos os demais atos que possuem conotação sexual”.

Com o advento da Lei 12.015/2009, a conduta típica do crime de estupro foi ampliada, houve na verdade uma junção de ambas as condutas (conjunção carnal e ato libidinoso) em um só tipo penal. Para Cachapuz e Tanferri (2015, p. 52) esse crime passou a ser caracterizado: “como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, que é aquele que contém várias modalidades de conduta, qualquer uma delas suficiente por si só para a caracterização da prática do crime”.

Por sua vez, a conjunção carnal é de fácil constatação, porém o ato libidinoso (ato com finalidade sexual diversa da conjunção carnal) acopla uma série de condutas que na prática nem sempre são constatáveis. Além disso, resta configurado a grande celeuma no que tange aos atos libidinosos considerados “mais leves” e que comparados com os atos extremamente ofensivos (coito anal, sexo oral) não seriam tão lesivos a dignidade sexual, mas que por outro lado sofreriam a mesma sanção. É o que citam as autoras:

Em que pese o ato libidinoso ser considerado todo aquele com finalidade sexual diverso da conjunção carnal, cumpre destacar a grande celeuma existente em relação

aos atos libidinosos considerados “mais leves” e que comparados com atos extremamente ofensivos, tais como o coito anal, sexo oral, não seriam tão lesivos ao bem jurídico dignidade sexual. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

Portanto, é possível dizer que, naquela época, o legislador pecou ao não diferenciar os atos libidinosos mais graves, dos mais leves, não sendo justo um crime de menor potencial ofensivo ser punido com o mesmo afincamento daqueles notavelmente graves:

Ao aglutinar num mesmo tipo penal o estupro propriamente dito e o vetusto atentado violento ao pudor, com fins em ampliar a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o legislador deixou para o aplicador da norma a árdua missão de definir quais os atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de receberem a elevada pena prevista ao crime de estupro. (CACHAPUZ; TANFERRI, 2015, p. 53)

A partir disso, Cachapuz e Tanferri (2015, p. 55) citam que no caso concreto há determinados princípios penais, como o da proporcionalidade, lesividade ou ofensividade, taxatividade, que podem auxiliar o juiz no julgamento de causas que envolvam o estupro, de forma a não punir uma conduta mais leve na mesma proporção que a de uma mais grave.

Os autores trazem a noção de que o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido pela imposição de uma medida penal necessária e suficiente para a reprovação de uma determinada conduta delituosa e também deve garantir ao condenado o direito de não sofrer uma punição além do limite do mal causado pelo ilícito. Por sua vez, a lesividade ou ofensividade estabelecem garantias e limites ao direito de punir, ou seja, uma conduta deverá ser criminalizada, quando gerar perigo concreto e real de lesão a um determinado bem jurídico. Já a taxatividade exige da lei uma certeza jurídica, demanda que o legislador elabore uma lei sem deixar tipos abertos que podem ensejar numa insegurança jurídica.

Cachapuz e Tanferri (2015, p. 60) alegam que esses princípios não são suficientes para auxiliarem o juiz na culminação da pena no caso concreto, pois o crime de estupro prevê os limites mínimos e máximos da lei o que deixa o juiz engessado, sendo o mínimo, a pena de 6 anos, equivalendo a penalidade prevista para o homicídio. Isso faz com que alguns juízes desclassifiquem o crime de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo para a contravenção de perturbação da tranquilidade, o que também acaba por ajudar na impunidade de tais delitos. A saída para o radicalismo da punibilidade ou ausência da mesma seria a criação e implementação de um tipo penal intermediário.

4.2 Projeto de lei

O Código Penal Brasileiro de 1940, sofreu alterações com a Lei 12.015/09 que unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único artigo. Em 2017, um caso de grande repercussão midiática trouxe à tona uma antiga problematização referente à aplicação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor nos casos em que não havia tipificação penal intermediária. A cidade de São Paulo em 2017 foi palco de um crime que ensejou um grande debate jurídico com base principalmente no princípio da proporcionalidade, visto que o autor do delito ejaculou em uma mulher no transporte coletivo, conduta atípica até e então.

Um dos princípios norteadores do direito é o da legalidade, não haverá tipificação do crime sem lei anterior que o defina, o crime em tela mostrou a insuficiência punitiva da lei revoltando milhares de civis e juristas com a decisão do juiz de soltura do réu., pois ele cometeu novamente O Projeto de Lei 618/2015 do PSL foi aprovado pelo Congresso Nacional culminando na origem da Lei 13.718/18.

O Projeto de Lei nº 2.265, de 2015 proposto pela Bancada Feminina da Câmara dos Deputados teve a sua criação justificada sobre o viés da necessidade da tipificação e criminalização adequada ao Estupro Compartilhado e o Estupro coletivo, além disso o aumento de pena para o crime de estupro. “As alterações propostas justificam-se pelo fato do aumento do número de ocorrências de estupros praticados no Brasil, principalmente na modalidade de estupros coletivos”. (FEMININA 2015 s/p)

Ainda com dados relatados:

O Brasil vive uma verdadeira banalização do crime de estupro. Segundo dados do 8º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registrados 50.320 casos de estupro em 2013. O levantamento faz uma consideração, que agrava ainda mais as estatísticas: "apenas 35% das vítimas costumam relatar o episódio às polícias, segundo pesquisas internacionais. Assim é possível que o Brasil tenha convivido, naquele ano, com cerca de 143 mil estupros." No Brasil, apesar de ser crime hediondo, o estupro é um crime com taxas absurdas de ocorrências. (FEMININA, 2015 s/p)

Com agravo da situação, houve a incidência de casos tipificados como “estupro coletivo”: uma modalidade do crime, que vai além do estupro, como analisado por Feminina (2015): “As mulheres que sobrevivem a esta barbárie têm suas vidas destruídas para sempre. Não conseguem mais retomar suas vidas. Vivem com depressão, medo e perdem a confiança nos seres humanos” (FEMININA, 2015 s/p)

De acordo com o anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2015: “somente 35% dos crimes sexuais são notificados. Tal fato corrobora com a necessidade de modificar a legislação e criar medidas enérgicas para reprimir esses delitos”. (FEMININA, 2015 s/p)

O Projeto de Lei nº 8.513 de 2017, proposto pela Sra. Professora Dorinha Seabra Rezende, teve como um das justificativas o caso de grande repercussão midiática sobre o caso do homem na cidade de São Paulo que ejaculou em uma mulher dentro do transporte coletivo, gerando como resultado de tal ato uma grande celeuma entre os penalistas, visto que o juiz do referido caso entendeu que tal conduta se tratava de contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Conforme entendimento de Rezende (2017):

Vislumbra-se claramente que a aludida ação macula, na realidade, a dignidade sexual, mais especificamente a liberdade sexual da vítima, tornando-se imperioso que esta Casa Legiferante proceda à correta tipificação do fato declinado, de forma a conceber reprimenda harmônica, justa e suficiente à punição do criminoso. (REZENDE, 2017, s/p)

4.3 Realidades sociais por trás da Lei 13.718/18

Como se dá a situação da mulher na esfera criminal? Andrade (2005, p.87) alega que: “As mulheres não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de criminoso (as), mas ao de vítima(s)”. Tudo isso, advém dessa conjuntura patriarcal onde a mulher é vista como um sujeito passivo, coisificado na construção social do gênero, a divisão que a mantém no ambiente doméstico é o reflexo do exato estereótipo da mulher vítima no sistema penal. (ANDRADE, 2005, p. 85)

Neste sentido, Andrade (2005) afirma que o sistema de justiça criminal é androcêntrico porque: “constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, em regra geral, praticadas pelos homens, e só residualmente feminino”. (ANDRADE, 2005, p.88)

Com entendimento em harmonia, Angotti, Braga e Matsuda (2014) dizem que:

Entre as diversas formas que a violência de gênero assume, o estupro é a que demonstra de maneira mais eloquente a existência da desigualdade entre homens e mulheres, ao submeter a vítima de modo integral, atingindo seu corpo e sua autonomia. (Angotti, Braga e Matsuda, 2014, p.7)

A vítima de estupro não sofre apenas a violência contra seu corpo, mas também contra a sua saúde mental e comportamento social abalado devido ao crime à que fora cometido. Com dados da ONG RAINN (Rape, Abuse, Incest National Network):

Quem é vítima de uma violência sexual tem: 3 vezes mais chances de sofrer de depressão; 6 vezes mais chances de sofrer de um transtorno pós-traumático, 13 vezes mais chances de sofrer por uso abusivo de álcool, 26 vezes mais chances de sofrer por uso abusivo de drogas, 4 vezes mais chances de cometer suicídio (RAINN).

Conforme várias teorias criminológicas, Mendes (2017) afirma que passam a existir justificativas para os crimes sexuais contra mulheres. Surgindo chavões como:

A violação é impossível se a mulher não quer”; “as mulheres dizem não somente porque não querem ceder imediatamente”; ou “os violadores são psicopatas, homens com problemas sexuais, com mães ou mulheres repressoras. (MENDES, 2017, p.50)

Apesar do fortalecimento da luta feminista atual no país e de das conquistas alcançadas nas últimas décadas, é notório os retrocessos que ameaçam os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres atualmente em nossa sociedade. Com entendimento de Angotti, Braga e Matsuda (2014), o problema está na mentalidade institucional, onde o Sistema de Justiça Criminal não está preparado para acolher a mulher vítima de crime sexual. É o que dizem:

A mentalidade institucional é um exemplo claro de como não bastam mudanças legais: é essencial que haja capacitação de operadores(as) e ruptura com o sistema simbólico de modo que se permitam espaços que realmente acolham. Isso porque o Sistema de Justiça Criminal e os aparatos médicos são relutantes em seguir protocolos que buscam evitar o processo de revitimização da mulher que sofreu violência sexual. Um exemplo disso é a difícil implementação da Norma Técnica para prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes, editada pelo Ministério da Saúde em 2005, que é explícita ao destacar a desnecessidade de Boletim de Ocorrência para a realização de aborto legal. (ANGOTTI, BRAGA, MATSUDA, 2014, p.8)

Lins, Zapater (2018) mostram que na prática os movimentos feministas da moda podem surtir efeitos diversos dos pretendidos para tutelar os direitos humanos das mulheres por dizer, em decorrência dessa falta de preparo:

Usar como gancho casos de violência contra mulheres repercutidos pela imprensa para produzir leis penais populistas pode ter efeitos deletérios. O ordenamento jurídico brasileiro – e, em especial, a legislação penal – é fértil em exemplos de leis feitas no calor do crime da moda. Na melhor das hipóteses, viram piada. No limite, tornam-se fundamento para arbitrariedades perigosas para as liberdades civis. (LINS, ZAPATER, 2018)

4.4 Lei 13.718/18 na perspectiva do direito penal simbólico versus direito penal efetivo

No dia 25 de setembro de 2018, a Lei 13.718 que altera dispositivos referentes aos crimes contra a liberdade sexual e contra vulneráveis e cria novos tipos penais, foi publicada.

A promulgação da Lei 13.718/18 se deu de forma atípica, pois foi sancionada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli em dia interino, representando o atual Presidente da República Michel Temer, o que não a torna inconstitucional, mas mostra o ativismo judiciário e o poder político no sistema de Justiça.

Baratta (1994, p.22) observa que os conflitos sociais chamam atenção das pautas políticas. Dessa forma, os políticos com o intuito de obter um respaldo positivo da sociedade, acabam por colocar em pauta esses conflitos sociais. Todavia, nem sempre a forma como é colocado para ser discutido é a melhor, pois o interesse maior, por questões políticas, é de se obter uma função respaldada pela opinião pública positiva e não por funções de cunho instrumental.

É o que inclusive alegam Budó e Gindrín (2016, p.242) ao retratarem que a promessa de um aumento de punição e recrudescimento do sistema penal são bandeira de um populismo punitivo:

Os anseios simbólicos do Direito Penal são também sentidos na repercussão legislativa e na corrida eleitoral. O efeito simbólico esperado do direito em tornar valores como relevantes e reafirmá-los através da pena, mesmo que não haja efeitos materiais visíveis de redução das infrações, é uma moeda de valor nas disputas por poder. (BUDÓ; GINDRÍN, p. 242)

Segundo Suzuki (2018), a Lei 13.718/18 trouxe inúmeras alterações e inovações no Título VI, da Parte Especial do Código Penal, onde trata-se dos crimes contra a dignidade sexual, tendo como nova redação:

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Em 27 de agosto, em São Paulo, um homem foi preso ao ejacular em uma mulher que dormia no ônibus e o juiz, responsável em julgar o ocorrido, considerou essa conduta como contravenção penal ao invés de estupro. Com entendimento em concordância,

Suzuki (2018) afirma que, o juiz ao proferir sua decisão sobre a situação do ônibus acabou por acertar, dentro da devida legalidade da lei anterior. Todavia, essa mesma conduta é hoje o que prevê o art. 215-A do Código Penal, a denominada importunação sexual e não o estupro (crime hediondo que possui em seu preceito secundário uma punibilidade alta, pena de de 6 (seis) a 10 (dez) anos).

Apesar da revogação do art. 61 da Lei de Contravenções Penais “não houve “abolitio criminis” em relação a referida conduta, que foi alcançada pelo princípio da continuidade normativo típica, onde o delito continua a existir, mas em outra norma penal.”. (SUZUKI,2018)

O legislador, introduziu uma norma explicativa no § 5º, do art. 217-A do CP que traz a figura do crime de estupro de vulnerável, vez que havia dúvida sobre a eventual relatividade do consentimento da vítima, ou de que previa prática de ato sexual, afastava o delito do art. 217-A do CP. Para Suzuki com tal norma, reforça o intuito inicial do legislador, que foi o de afastar a relatividade/subjetividade da presunção de vulnerabilidade da vítima, estabelecendo-se, portanto, a objetividade como parâmetro para a análise do estupro de vulnerável, conforme já expressava a Súmula 593 do STJ que aduz, *in verbis*:

Artigo 218-C do Código Penal: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.” (SUZUKI,2018)

Com a nova redação do art. 225 do CP, revogou-se o conteúdo do parágrafo único de referido texto legal, sendo que todos os crimes previstos nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual (art. 213 até o 218-C do CP) passam a ser ação pública incondicionada (quando era, em regra, pública condicionada a representação). “Art. 225. Nos

crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. Parágrafo único. (Revogado).” (NR) (SUZUKI,2018)

As inovações trazidas pela nova legislação enrijeceram as penas e trouxeram uma nova perspectiva em relação ao agressor e a vítima. A ação penal anteriormente pública condicionada a representação, ou seja, mediante a representação da vítima, com nova redação, torna-se possível imediatamente após a ocorrência do crime a polícia começar as investigações, independente da vítima. Por outro lado, o resultado de tais ações penais não estão surtindo o efeito almejado, com entendimento de Frutuoso (2019):

Inúmeros são os casos em que alguma das partes envolvidas no processo criminal termina prejudicada. A certeza quanto a culpabilidade daquele apontado como criminoso é tão precária que, sequer, existem estudos que fundamentam a quantidade de erros processuais nos casos de estupro, no que, a forma com que são apurados, mostra suficiente para afirmar, pelo menos, que esses erros existem e não são poucos. (FRUTUOSO,2019, s/p)

O Processo Penal Brasileiro tem como base princípios norteadores com respaldo na Constituição Federal de 1988, um desses princípios é o princípio da verdade real, o qual pode ser inatingível, e isso não causará a sua nulidade. É o que prevê o artigo 566 do Código Penal com redação: “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. O problema em não se alcançar a verdade real no caso concreto é a ineficiência do Estado na aplicação de um julgamento eficaz, é o que diz Frutuoso (2019) “Nas hipóteses em que não há como ter juízo de certeza, diga-se de passagem, a maioria, a ineficiência do Estado em aplicar um julgamento eficaz é ainda maior”.

A nova redação do Art. 226 do Código Penal prevê a majorante da pena no inciso II, se o agente for “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre a vítima.” (SUZUKI,2018)

Já no inciso IV, há a inclusão de aumento de pena de 1/3 a 2/3, em duas hipóteses “a primeira chamada de estupro coletivo bem como na hipótese de estupro corretivo, quando o intuito do agente é controlar o comportamento social ou sexual da vítima (ex: quando o agente estupra a vítima pelo fato dela ser homossexual).” (SUZUKI,2018)

Por fim:

A Lei 13.718/18, aumenta no art. 234-A, inciso III do CP, a hipótese de aumento de pena caso o crime sexual resulte gravidez na vítima, que previa aumento até a metade, e passa a ser de metade a 2/3. Já no inciso IV, que aumentava a pena de um sexto até a metade, passa a ter um aumento de 1/3 a 2/3, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, acrescentando a hipótese de acréscimo na pena, caso a vítima seja idosa ou com deficiência (física ou mental – cujas especificidades se encontram no rol do art. 2º da Lei nº 13.146/15 - Estatuto do Deficiente). (SUZUKI,2018)

É importante frisar que para os crimes sexuais, uma das provas mais importantes é o exame de corpo de delito, ainda assim, nem sempre é possível confirmar a materialidade do crime por meio de tal exame, com entendimento de Frutuoso (2019) “os rastros somem rapidamente, isso nas situações em que há emprego de conjunção carnal, pois, quando se trata apenas de atos libidinosos, torna-se quase impossível”. O autor acrescenta:

Ocorre que, mesmo diante da capacidade de comprovar a conjunção carnal através do exame e, conseqüentemente, apontar vestígios de utilização de violência física, por mais uma vez a prova mostra-se frágil, tendo em vista os casos em que a própria vítima, com intenção precoce de incriminar o agressor, prepara o campo probatório almejando a robustez das alegações proferidas, mesmo quando, em tese, a relação é consensual, o que seria praticamente impossível de comprovar. (FRUTUOSO, 2019, s/p)

Em desencontro a precisão e necessidade do exame de corpo de delito, a comprovação de conjunção carnal e ausência de violência física por meio do exame não podem ser considerados por si só, motivos para absolvição do acusado. A natureza do crime pode ensejar a submissão da vítima, é o que entende Frutuoso (2019):

Isso pois, sabe-se que não raras vezes o constrangimento por parte do agressor se dá mediante violência moral ou grave ameaça provocando mansa submissão da vítima, o que, evidentemente, não deixaria vestígios de agressão física. (FRUTUOSO, 2019, s/p)

Mister se faz ressaltar que pelo princípio da não autoincriminação, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, o que protege o acusado em casos de comparação de material genético por meio da genética forense, que é um meio de prova. Porém, conforme o autor Frutuoso (2019) “a negativa em colaborar com as investigações, mesmo que não possa interferir na convicção do julgador, inverte o quadro probatório e, não raras vezes, leva à injusta condenação pela impossibilidade de se produzir provas negativas”.

Para Angotti, Braga e Matsuga (2014, p.8) a forma de pensar e fazer o Direito “contribui para a perpetuação da dominação simbólica masculina no universo jurídico e para o incremento da vitimização das mulheres pelo sistema de justiça”. É necessário encarar a violência simbólica formada pelo campo jurídico e a tornar “ilegítima, reconhecível e visível”.

5 APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI 13.718/18, NA APELAÇÃO CRIMINAL DE NÚMERO 0005731-38.2017.8.26.0565 do TJSP

A aplicação do artigo 213 do Código Penal em sua nova redação tem gerado pluralidade de critérios adotados para diferenciar o tipo principal estupro, para o tipo secundário a importunação sexual, o que é visto em diversas decisões e acórdãos de tribunais de segunda instância e instâncias superiores.

O Acórdão com registro de número 2019.0000403421, que discute os autos de Apelação Criminal nº 0005731-38.2017.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, é um exemplo do uso da Lei nº 13.718 de 2018 para beneficiar o réu. Insta ressaltar, que o referido processo se encontra em segredo de justiça em busca pelo site do Tribunal de Justiça de São Paulo, TJSP, sendo possível ler o acórdão em seu inteiro teor, objeto de análise, por meio do sítio eletrônico da CONJUR.

O caso em comento, trata de um homem com identidade velada, que foi preso preventivamente e condenado por estupro de vulnerável por praticar atos libidinosos com três adolescentes de 13 anos, na data do dia 30 de julho de 2017.

Em sede de recurso, o advogado do acusado Leopoldo Stefano G. Leone Louveira, buscou a absolvição por insuficiência probatória e subsidiariamente a desclassificação do crime disposto no artigo 232, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65, do Decreto Lei 3.688/1941, além do direito de recorrer em liberdade, pois não teria havido conjunção carnal nem emprego de ameaça ou violência. Não sendo razoável o réu ter sido enquadrado no tipo estupro, à época dos fatos inexistia a figura da importunação sexual. (CONJUR, 2019)

Por maioria de votos, os desembargadores, ao analisarem os autos da apelação criminal, deram provimento em parte ao recurso para desclassificar o delito de estupro para aquele previsto no artigo 215-A, do Código penal (Lei nº 13.718/2018) e condenar o réu à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime aberto e, face ao tempo em que recolhido em prisão preventiva, declarar sua extinção pelo cumprimento, com expedição de alvará de soltura clausulado, vencido o Relator, Des. Leme Garcia, que dava parcial provimento em menor extensão e declara. Acórdão com o Revisor, Des. Newton Neves. (CONJUR, 2019)

O Desembargador Newton Neves embasou o seu voto na não participação ativa das vítimas, sendo elas mero instrumento do infrator para concretizar seu ato lascivo e

com isso tendo uma bruta diferença ao ato de estupro que precisaria para existir de grave ameaça ou violência. (CONJUR, 2019)

O único a votar contra o voto do desembargador Newton Neves foi o desembargador Leme Garcia, que votou pela manutenção do crime de estupro de vulnerável, porém apenas em relação a uma adolescente. Como o homem já estava preso preventivamente havia 1 ano e 10 meses, o tribunal reconheceu como cumprimento integral da pena e determinou expedição imediata de alvará de soltura. (CONJUR, 2019)

Em entendimento crítico contrário ao do desembargador Newton Neves, Jorge, Gentil (2020) apontam que a preposição com, deve ser entendida para os crimes de estupro e estupro de vulnerável pela preposição contra o que demonstra “característica de agressividade da conduta do agente em desfavor do ofendido” (JORGE, GENTIL, 2020, p.6), isso porque no acórdão em tribunal é explicitado e compreendido existir diferença ao citar com a vítima e contra a vítima.

Com o surgimento da Lei 13.718/18 pôde-se acompanhar na mídia que a impunidade acabaria, pois finalmente a lacuna legislativa aos casos intermediários que não se referiam à conjunção carnal propriamente dita, teria como ensejo a punição devida aos agentes de tais condutas. Porém, superada a criação da lei agora surge a adequação das opções previstas no artigo 213 do Código Penal, assim como debates acirrados com relação do que seria ou não proporcional. Esse tipo de situação acarreta insegurança jurídica.

Seria então o fim da impunidade para esses infratores? Para Secanho, Júnior (2018) se tratando do crime de estupro a nova redação penal é favorável ao réu, pois cabendo retroatividade benéfica pode haver a desclassificação para o novo crime importunação sexual. No tocante aos artigos 61 e 65 da Lei de Contravenções Penais a *novatio legis* atua de forma desfavorável ao réu pois as penas previstas são maiores e tipifica como crime as condutas antes caracterizadas como contravenções além da Lei 13.718/18 revogar o artigo 61.

Para Jorge, Gentil (2020) é imprescindível não concordar com quem admite a violência ou grave ameaça como critério de diferenciação para os crimes de estupro, estupro de vulnerável e ato libidinoso, também com aqueles que sempre optam pela tipificação mais grave e danosa para qualquer e toda prática com contato com o corpo da vítima e por fim com a tese de não haver importunação sexual na prática libidinoso com vulneráveis.

Em recente entendimento, em um caso que envolvia um sujeito que havia sido surpreendido tocando intimamente, sobre a roupa, do próprio neto de seis anos de idade. Sustentava-se no recurso direcionado ao STJ, que a rapidez do toque e o fato de ter se tratado de apenas um episódio autorizavam a desclassificação do estupro de vulnerável para a importunação sexual, que traz punição proporcional à conduta praticada. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Todavia, o entendimento da Corte Superior foi de que:

No âmbito dos crimes cometidos por meio de atos de libidinagem há o estupro de vulnerável, em que pode não haver propriamente um constrangimento à prática de atos sexuais. (E, aliás, ao contrário do que comumente se diz, tampouco existe presunção de constrangimento (ou de violência), característica própria da antiga sistemática imposta pelo revogado art. 224 do Código Penal, não repetida na reforma promovida pela Lei 12.015/09, que, no art. 217-A, passou a punir simplesmente a prática de atos de libidinagem com alguém menor de quatorze anos ou 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.) (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Apesar de não ter sido uma decisão unânime, visto que o relator do caso o ministro Reynaldo Soares da Fonseca havia considerado a possibilidade de desclassificação, o resultado do julgamento foi de encontro com a jurisprudência da 5ª e da 6ª Turmas, que não vislumbram a possibilidade de existir qualquer circunstância que possa relativizar a punição de atos de libidinagem cometidos contra menores de quatorze anos. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Em síntese, segundo o STJ, não existe possibilidade de conferir tratamento menos severo a alguém que tenha praticado contra um menor de quatorze anos algum ato de conotação sexual, mesmo que não corresponda a uma efetiva relação de natureza sexual. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

Acontece que apesar do Superior Tribunal de Justiça ter tido esse entendimento, a situação não é tão simples quanto parece, pois em caso parecido, envolvendo um beijo lascivo em uma criança de cinco anos de idade, houve a impetração do HC 134.591, onde o ministro Barroso do STF, desclassificou de ofício a conduta de estupro de vulnerável para o Art. 215-A. (MEU SITE JURÍDICO, 2019, s/p)

De acordo com Andrade (2018) existem duas vertentes clássicas para o instituto da anomia sendo elas a inexistência ou ausência de norma penal para determinada situação e quando existente, a norma não produz efeito desejado na sociedade e com isso perde a efetividade em atuar na prevenção geral e especial da atuação.

É de saber que o Direito acompanha a sociedade e cabe ao legislador trazer novos valores sociais, humanizando as relações jurídicas o que garante uma segurança social. Contudo, Andrade (2018) pontua que a inflação legislativa é o principal causador da perda de efetividade da norma, isso é, ao se ter um excesso de normas penais é comum a sensação de impunidade pela sociedade, gerando o efeito contrário ao proposto pelo legislador.

Ademais, a consequência da inflação legislativa de forma desenfreada é enfraquecer o Direito Penal e por isso Andrade (2018) complementa que cabe ao legislador penal ter responsabilidade para não se afastar do caráter subsidiário do direito penal de ser usado em *ultima ratio*. Isso evita a criação de normas que tutelem bem jurídicos já protegidos.

6 CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada nesse trabalho, é pontuado de forma clara a necessidade da criação da Lei 13.718/2018 para suprir as lacunas legislativas referentes aos crimes contra a liberdade sexual do Capítulo I, Título VI do Código Penal Brasileiro.

É verdade que, com a implementação do artigo 215-A houve uma amplificação minuciosa para tipificar o crime de importunação sexual, prática de atos libidinosos sem conjunção carnal que antes poderiam se enquadrar no tipo estupro ou contravenção penal importunação ofensiva ao pudor, o que na prática ensejava em punições extremas ou ínfimas, indo contra o princípio da proporcionalidade.

Antes da Lei 13.718/18 os crimes de cunho sexual se tratavam de Ações Penais condicionadas à representação da vítima, isso é, a vítima possuía liberdade para retirar a queixa ao acusado caso assim entendesse, bem como era necessária sua autorização para iniciar o processo criminal, dependia de sua vontade. Agora, a titularidade da ação penal se torna do Estado visto que passou a ser Ação Penal pública incondicionada e isso pode soar como um inibidor às vítimas que já são muito estigmatizadas pela sociedade por serem em sua vasta maioria mulheres e retira seu poder decisório e afeta diretamente sua liberdade sexual, privacidade e intimidade.

É explicitado no decorrer do trabalho a estrutura machista e patriarcal da sociedade que corrobora para um sistema de não proteção à mulher, bem como sua violação física, psicológica e moral ao não punir efetivamente o agressor e normalizar condutas degradantes e que ferem bens jurídicos tutelados como dignidade humana, vida e liberdade sexual.

Observamos conforme Acórdão de número 2019.0000403421 supracitado o entendimento do desembargador Newton Neves, relator e de voto vencedor, a desqualificação do crime estupro de vulnerável para o de importunação sexual que tem pena muito inferior, pois o agente da conduta não agiu mediante grave ameaça ou violência e tampouco a participação ativa das vítimas.

Entretanto, tal decisão gerou debate entre juristas que afirmam que a redação do artigo 215-A pecou em deixar tão dependente de interpretação do magistrado a tipificação o que denota um enorme dissabor para quem esperava o fim da impunidade de uma maneira mais punitivista, visto que existe a possibilidade de ser o réu beneficiado.

O desejo intrínseco e insurgente da sociedade em punir ao invés de reeducar o infrator pode ensejar uma insegurança jurídica pela aplicabilidade prática da Lei 13.718/18, pois a efetivação da legislação penal pode ressoar diferente do almejado.

Porém é necessário a compreensão dos princípios norteadores do Direito principalmente no tocante ao porquê essa Lei foi criada, visando uma maior proporcionalidade para os delitos contra a dignidade sexual.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGUI, Suzana. Dominação masculina e discurso sexista. Informe ANDES, ano XI, n. 97, fev. 2000, p.11.
- ANA, Jorge; PLÍNIO, Gentil. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL OU ESTUPRO? OS CAMINHOS DA SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. 5. 31. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0200/2019.v5i2.5951.2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003a.
- ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. CRIMINOLOGIA FEMINISTA E DIREITO PENAL PATRIARCAL: UM ESTUDO DAS MANIFESTAÇÕES DA "CULTURA DO ESTUPRO" NO SISTEMA PENAL. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 11 & 13TH WOMEN'S WORLDS CONGRESS, 13., 2017, Florianópolis. **Anais...** . Florianópolis: 13º Congresso Mundos de Mulheres (mm) e Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 (fg), 2017. p. 1 - 12. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499012084_ARQUIVO_CRIMINOLOGIAFEMINISTAEDIREITOPENALPATRIARCAL-UMESTUDODASMANIFESTACOESDACULTURADOESTUPRONOSISTEMAPENAL.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- _____. A ilusão de segurança jurídica. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- ANDRADE, W. E. Breve Análise da Anomia no Âmbito do Direito Penal Brasileiro. Portal Jusbrasil, 2018. Disponível em: <<https://welintonandrade.jusbrasil.com.br/artigos/637437793/breve-analise-da-anomia-no-ambito-do-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 05 jun.2020.
- ANGOTTI, Bruna. BRAGA, Ana Gabriela. MATSUDA, Fernanda Emy. Das violências reais e simbólicas – a violência sexual contra mulheres no Brasil. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 22, no 254, 2014.
- ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita Grin. Quando a vítima é mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/ Ministério da Justiça, 1987.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./ dez. 1978. p. 9-10.
- BARATTA, Alessandro: Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- _____. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n. 2, abr./maio/jun. 1993, p. 49.
- _____. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 18-80.
- BEIJERSE, Jolande Uit, KOOL, Renée. ¿La tentación del sistema penal: apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema

penal. In: LARRAURI, Elena (Comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 143.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*. Anuário de Filosofia del Derecho IX, Madrid: Ministério da Justiça, 1992. p. 54.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Anatomia do crime de importunação sexual*. São Paulo: 30 set. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual#author>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Governo suprime parte da lei que torna crime importunação sexual*. São Paulo: 16 out. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/bitencourt-governo-suprime-parte-lei-importunacaoosexual>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 1oed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BUDÓ, Marília de Nardin. GINDRI, Eduarda Toscani. *A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher*. *Rev. Direitos fundam. Democ.*, v.19, n.19, p. 236-268, jan./jun.2016. ISSN1982-0396.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *A vítima-vilã: a construção da prostituta e seus reflexos na política criminal*. In BORGES, Paulo César Correia (org). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo, NETPDH/Cultura Acadêmica Editora, 2013 (Série “Tutela penal dos direitos humanos”) n. 3, p. 217-230, p. 225.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020

BRANDÃO, C. *Curso de direito penal: parte geral*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro, 1941a. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BUTLER, Judith: Gênero e Identidade e Teoria Queer. Problemas de Gênero

COELHO, Suely dos Santos. SERPA, Angelo. Transporte Coletivo nas Periferias Metropolitanas. Geografia, Rio Claro-SP, v. 26, n. 2, 2001

CONJUR. Site de artigos jurídico. TJSP altera condenação por estupro de vulnerável para importunação sexual, inteiro teor do acórdão referente a apelação criminal de número 0005731-38.2017.8.26.0565. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-desclassifica-condenacao-estupro.pdf>>. Acesso em: 01/06/2020.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 3a edição. São Paulo: Editora Escala, 2009.

FELIPE, Sônia; PHILIPI, Jeanine Nicolazi. O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor. Florianópolis: Gráfica/UFSC, 1996.

FEMININA, Bancada. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016>. Acesso em 10 jun. 2019.

FOUCAULT. História da Sexualidade: a *scientia sexualis* e o dispositivo da sexualidade. 2003, 51-71

FREUD, Sigmund. *Além do Princípio de Prazer* (1920). Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRUTUOSO, Wagner. T.A *Insuficiência do Estado nos processos de crimes de estupro*. Disponível em <https://wagnerfrutuoso.jusbrasil.com.br/artigos/719374619/a-ineficiencia-do-estado-nos-processos-de-crimes-de-estupro?ref=topic_feed>._ Acesso em 11 jun. 2019

GUGLIELMO, Ferrero. LOMBROSO, Cesare. La donna delinquente: la prostituta e la donna normale. Turim, Roma (Itália): Editori L. Roux e C., 1893.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

IASI, Mauro Luís. Ensaio sobre consciência e emancipação. 2a ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio de Direito penal, volume 1: parte geral / Damásio de Jesus. — 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 9, p. 147-163, jan.-mar. 1995, p. 147).

KOLODNY, Robert; C., MASTERS, William H; JOHNSON, Virginia E. Manual de medicina sexual. Tradução por Nelson Gomes de Oliveira. São Paulo: Manole, 1982.

LARRAURI, Elena (Comp.). Mujeres, derecho penal y criminología. In: Control formal y el derecho penal de las mujeres. Contexto. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994b, p.102.

LINS, Beatriz Accioly; ZAPATER, Maíra. Novos crimes sexuais na lei: avanço ou armadilha? São Paulo: 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2018/08/13/novos-crimes-sexuais-na-lei-avanco-ou-armadilha/>>. Acesso em 04 jun. 2020.

MARCUSE, 1999, p.83-103. Eros e Civilização: a dialética do princípio de prazer.

MARTINS, Carmen Cinira Santos; REIS, Jair Naves dos; CARVALHO, Maria das Graças. Mulheres vítimas de violência sexual: meios coercitivos e produção de lesões não-genitais. Cad Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p.1-9, 2004. Mensal. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csp/2004.v20n2/465-473/pt>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas. 1986. v. 3.

MURARO, Rose Marie. Textos da fogueira. Brasília: Letraviva, 2000.

MATTOSO, Nycole de Souza. TABUCHI, Mariana Garcia. Segregar, culpabilizar e oprimir: problematizações acerca do projeto de Lei do “Ônibus Rosa” na cidade de Curitiba. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, Curitiba, p.80-102, 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Mariana-Tabuchi-e-Nycole-Matoso-classificado-em-4º-lugar.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, Soraia Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas / – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica)

MEU SITE JURÍDICO. Sítio eletrônico que trata sobre o entendimento do STJ de que não é possível desclassificar estupro de vulnerável para a importunação sexual. 2019. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/07/01/stj-nao-e-possivel-desclassificar-o-estupro-de-vulneravel-para-importunacao-sexual/>>. Acesso em 05 jun. 2020.

NARVAZ, Martha. KOLLER, Sílvia Helena. O feminino, o incesto e a sedução: problematizando os discursos de culpabilização das mulheres e das meninas diante da violação sexual. Revista Ártemis, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de direito penal / 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Ana. O assédio sexual nos espaços públicos. Cabo dos Trabalhos, nº10, Universidade de Coimbra, 2014.

OS ACUSADOS. Direção: Jonathan Kaplan. Produção: Paramount Pictures. Intérpretes: Kelly

McGillis, Jodie Foster, Bernie Coulson, Leo Rossi (II), Carmen Argenziano, Ann Hearn, Steve Antin, Tom O'Brien (II), Peter Van Norden, Woody Brown (I), Terry David Mulligan, Scott Paulin, Kim Kondrashoff, Stephen E. Miller, Tom Heaton e outros. [s.l.]: Paramount Pictures, 1988. 1 bobina cinematográfica (106 min.), son., color., 35mm.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia/ 9ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

QUINTAS, Fátima. A mulher e a família no final do século XX. Recife: Massangana, 2005.

REZENDE, Dorinha Seabra. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC65095B793B5CF775E22FC7E60FE9E8.proposicoesWebExterno2?codteor=1642427&filename=Avulso+-PL+5452/2016>. Acesso em 10 jun. 2019.

RIPOLLÉS, José Luiz Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adaín Nisto (Orgs). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003. 147-172

RIGATTO, Laíza Fernanda. Importunação Sexual e o Direito Penal Simbólico. Disponível em: <<https://www.sigamais.com/colunas/opinio/importunacao-sexual-e-o-direito-penal-simbolico/>>. Acesso em: 01/016/2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987.

SCHUR, Edwin M. Labeling deviant behavior. Its sociological implications. New York: Harper & Row, 1971.

SECANHO, Antonelli Antonio Moreira; JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. Estupro X Importunação sexual. 18 nov. 2018. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/291131/estupro-x-importunacao-sexual>>. Acesso em 03 jun. 2020.

SILVA, Natiene Ramos Ferreira da. Representações da Culpabilização de Mulheres Vítimas de Estupro: Uma Análise Étnico-Racial. 9ª edição. Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero.

SUTHERLAND, E. H. 1924: 11; SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R. *Criminology*, p. 29; SUTHERLAND, E. H. et al. *Principles of Criminology*, p. 48.

SUZUKI, Claudio Mikio. Recentes alterações nos crimes contra a dignidade sexual (Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018): Importunação sexual, revenge porn e outros tipos penais. 2018. Disponível em: <<https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/630363758/recentes-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-lei-n-13718-de-24-de-setembro-de-2018>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TOLEDO, Cecília. O gênero nos une, a classe nos divide. São Paulo: Sudermann, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.