



KALLYNE FERREIRA DA SILVA

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NA
ATUALIDADE: ANÁLISE SOBRE A PRESCINDIBILIDADE DE
CONTATO FÍSICO ENTRE VÍTIMA E AGRESSOR**

**LAVRAS - MG
2021**

KALLYNE FERREIRA DA SILVA

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NA ATUALIDADE: ANÁLISE SOBRE
A PRESCINDIBILIDADE DE CONTATO FÍSICO ENTRE VÍTIMA E AGRESSOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte
das exigências do Curso de Direito, para a
obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior
Orientador

**LAVRAS - MG
2021**

KALLYNE FERREIRA DA SILVA

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NA ATUALIDADE: ANÁLISE SOBRE
A PRESCINDIBILIDADE DE CONTATO FÍSICO ENTRE VÍTIMA E AGRESSOR**

**CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY CURRENTLY: ANALYSIS ON THE ISSUE
OF PHYSICAL CONTACT BETWEEN VICTIM AND AGGREGANT**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte
das exigências do Curso de Direito, para a
obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em ____ de _____ de 2021.

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior – UFLA

Profa. Dra. Camila Maria Risso Sales – UFLA

Prof. Dr. Bruno Henrique Gonçalves – UFLA

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior
Orientador

**LAVRAS - MG
2021**

Aos meus pais (in memoriam).
Às minhas irmãs, que são meu porto seguro.
Aos amigos que sempre estiveram ao meu lado.
Dedico.

AGRADECIMENTOS

Realizar este Trabalho de Conclusão de Curso foi, sem dúvidas, um imenso desafio. Em meio a inseguranças e uma grande perda familiar, foi preciso muita determinação para continuar. Assim, agradeço primeiramente a Deus, por me dar a força necessária para não desistir.

Sou grata às minhas irmãs, por estarem sempre ao meu lado nas adversidades e sempre acreditarem em mim. Apesar da distância, vocês sempre foram fonte de apoio e conforto.

A René, que tenho a sorte de poder considerar como um segundo pai. Só você sabe o quanto sua presença foi crucial em toda a minha jornada.

A Cássio, que acompanhou de perto as alegrias e desafios dos últimos tempos.

Ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras, que me proporcionou uma formação de excelência, da qual posso me orgulhar.

Aos amigos que me apoiaram e estiveram comigo durante esses anos.

A todos aqueles que de alguma forma fizeram parte desta história.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Fernando Nogueira Martins Júnior, por contribuir com seus conhecimentos para que eu pudesse concluir essa etapa da minha formação.

Sem vocês nada disso seria possível!

RESUMO

Este estudo teve por objetivo principal a análise crítica acerca da viabilidade de consumação dos crimes sexuais quando não há contato físico entre vítima e agressor, considerando, por um lado, a existência de princípios constitucionais que funcionam como limitadores da *potentia puniendi* estatal e, por outro, a necessidade de criação de mecanismos de proteção das vítimas de violência sexual. Para tanto, a pesquisa se valeu de uma reconstrução histórica do conceito de bem jurídico e sua importância para o Direito Penal, bem como de uma análise acerca do bem “dignidade sexual”, atualmente tido como objeto da tutela jurídica. Além disso, abordou-se a evolução do Direito Penal em relação à tipificação dos crimes sexuais e a crescente tendência da adoção de uma interpretação expansiva das normas penais diante das novas possibilidades de limitação da liberdade sexual, decorrentes da evolução dos meios de comunicação. Outrossim, debateu-se a problemática da prova nos crimes sexuais e a dificuldade de aferição do delito efetivamente cometido quando, em razão da ausência de contato físico entre os agentes, a instrução probatória resta prejudicada. Por fim, levantou-se o questionamento a respeito da eficácia da criação de delitos com o objetivo de combater as diversas formas de violência de gênero.

Palavras-chave: Direito Penal. Bem jurídico-penal. Liberdade sexual. Importunação sexual. Cibercrimes. HC 478.310/PA. Estupro virtual. Falsas memórias. Violência de gênero.

ABSTRACT

This study has as main objective to critically analyze the viability of consummating sexual crimes when there is no physical contact between the victim and the aggressor, considering, by one side, the existence of constitutional principles that play limiting role of the *potentia puniendi* from the State, and, by the other side, the necessity of creating a protection mechanism toward the victim of sexual assault. Therefore, this research yields a historical reconstruction of the concept of legal asset and its importance for Criminal Law as well as an analysis of the asset “sexual dignity”, currently considered the object of legal protection. In addition, the evolution of Criminal Law was investigated with regard to the classification of sexual crimes and the growing trend toward the adoption of an expansive interpretation of criminal regulations from the prism of novel limiting possibilities of sexual liberty, resulting from the communication aspect. Similarly, it was discussed the underlying issue addressing the proof of the sexual crimes and the difficulty of ascertainment of the felony effectively committed when, without physical contact between the agents, the probation instruction is harmed as a result. In conclusion, it was argued the questioning regarding of the efficacy of the creation of crime with the objective of altering the diverse gender violence styles.

Key-words: Criminal Law. Criminal legal asset. Sexual liberty. Sexual assault. Cybercrimes. HC 478.310/PA. Virtual Abuse. Fake memories. Gender violence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i> E O CONCEITO DE BEM JURÍDICO	11
2.1	O bem jurídico no Direito Penal	12
2.2	A dignidade sexual como bem jurídico	15
3	OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NA ATUALIDADE	19
3.1	<i>Cibercrimes</i>: violência sexual no ambiente virtual	22
3.1.1	O estupro virtual x Direito Penal Mínimo	23
3.2	HC 478.310/PA e a nova tendência jurisprudencial.....	27
4	A QUESTÃO PROBATÓRIA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: A SOBERANIA DA PALAVRA DA VÍTIMA	30
4.1	Provas x Indícios.....	33
5	O DIREITO PENAL COMO CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO	35
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual sofreram diversas modificações ao longo do tempo. Fatores de importante transformação social, como as conquistas feministas e o avanço tecnológico, têm sido importantes para a mudança da mentalidade da sociedade tanto em relação aos bens jurídicos protegidos com a tipificação dos crimes sexuais, quanto à forma de punição considerada mais adequada diante de sua configuração.

Assim, ao longo das últimas décadas, foram realizadas diversas mudanças legislativas no tocante a tais crimes, dentre as quais se destacam a alteração do crime de estupro, que se fundiu ao revogado crime de atentado violento ao pudor, e a recente criação do delito de importunação sexual. Ademais, em busca de uma maior proteção às vítimas de violência sexual, a jurisprudência atual tem se movimentado no sentido de adotar uma interpretação extensiva dos crimes contra a dignidade sexual, passando a entender pela prescindibilidade de contato físico entre agressor e vítima.

Essas questões, apesar de refletirem o avanço da sociedade no sentido de se mostrar menos tolerante às diversas formas de violência sexual, possuem reflexos negativos para o Estado Democrático de Direito se considerada a função do Direito Penal como contentor do poder de punir do Estado.

Diante disso, o presente trabalho tem como propósito principal analisar criticamente a redação dos tipos penais referentes aos crimes sexuais, bem como o cabimento de uma interpretação expansiva, dada a adoção de um Direito Penal mínimo e garantista pela Constituição Federal. Ademais, busca-se analisar, também, a contribuição do feminismo para a criação de tipos penais específicos para a proteção das vítimas de violência de gênero e a efetiva contribuição das normas penais na contenção deste tipo de violência.

Para tanto, no primeiro capítulo deste estudo será realizada uma breve análise acerca do conceito de bem jurídico e sua importância para o Direito Penal, sendo realizado, posteriormente, um recorte acerca do bem jurídico protegido pelos crimes sexuais. Em sequência, serão analisadas as alterações legislativas do Título VI do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), bem como a possibilidade de configuração dos crimes contra a dignidade sexual sem contato físico entre os sujeitos ativo e passivo, dando-se destaque à modalidade virtual.

Adiante, será abordada a questão probatória nos crimes sexuais, especialmente quanto à dificuldade de realização de provas técnicas quando o delito não deixa vestígios, aos problemas decorrentes da maior relevância dada à palavra da vítima nestes casos e à dificuldade

de aferição do crime efetivamente praticado, em razão da ausência de provas. Por fim, será realizada uma análise acerca da contribuição da luta feminista em relação ao combate da violência de gênero e a utilização do Direito Penal como política pública para proteção das mulheres.

A metodologia a ser utilizada consiste na revisão bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método de análise qualitativa das obras. Assim, com a finalidade de obtenção de embasamento para a discussão, a metodologia se define pela busca de doutrinas, artigos, periódicos, jurisprudências e legislação para aquisição do domínio sobre o tema debatido.

2 DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO* E O CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O Direito Penal é norteado por uma série de princípios que delimitam sua amplitude de atuação. Esses princípios funcionam como garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois agem como limitadores da intervenção estatal na liberdade individual de seus tutelados. A imposição dessas limitações é essencial, visto que o Direito Penal tem o poder de cercear os direitos mais caros aos seres humanos, como a liberdade de ir e vir.

A Constituição Federal traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o que consagra a ideia de que a “pessoa tem a legítima pretensão de ser respeitada pelos demais membros da sociedade e pelo próprio Estado, que não poderá interferir no âmbito da vida privada de seus súditos, exceto quando esteja expressamente autorizado a fazê-lo” (BITENCOURT, 2021, p. 25). Partindo dessa premissa, tem-se a criação do princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*. Neste sentido, expõe Alberto Jorge C. de Barros Lima:

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a Dignidade Humana e como objetivo o bem de todos, não se podem permitir criminalizações de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses emergenciais. (LIMA, 2012, p. 71)

Assim, pode-se afirmar que o princípio da intervenção mínima é de grande importância para limitar o arbítrio do Estado na imposição das normas incriminadoras que possam cominar sanções cruéis e degradantes e que, por consequência, violem a dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, afirma Cezar Roberto Bitencourt que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (BITENCOURT, 2021, p. 27)

O Direito Penal é, portanto, subsidiário. Sua aplicação deve se limitar aos casos em que os demais ramos do direito se mostrarem incapazes de tutelar os bens e interesses de maior importância para o indivíduo diretamente atingido e para a sociedade como um todo. Mas quais seriam esses bens cuja importância justifica a aplicação do Direito Penal? Em busca dessa

resposta, é necessário o entendimento acerca do significado de bem jurídico e de sua importância para a construção desse ramo do direito.

2.1 O bem jurídico no Direito Penal

Como visto, o Direito Penal é a *última ratio* do Estado na resolução de conflitos. Diante disso, o ordenamento jurídico brasileiro veda a imposição de sanções quando a conduta praticada não possui o poder de ofender um bem jurídico penalmente relevante. A ofensividade é, portanto, um pré-requisito para a mobilização do Estado na punição de uma conduta e se traduz a exigência de que a tipicidade pressuponha a ofensa a um bem jurídico (ZAFFARONI, 2018, p. 24-25).

A ideia de bem jurídico nasce no século XIX, juntamente com a filosofia penal iluminista e com o Direito Penal Moderno, que buscam desvincular o ilícito penal das dimensões ética e teológica. A tendência da época era a proteção dos bens individuais em detrimento do arbítrio judicial e da gravidade das penas (PRADO, 2019, p. 7). Dessa ideia, surge a concepção material de delito como lesão de uma prerrogativa do indivíduo ou da coletividade. Desse modo, para o Direito Penal Moderno, “o delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado” (PRADO, 2019, p. 8).

Atualmente, é consolidada a ideia de que o delito consiste no dano ou perigo de dano a um bem jurídico. A chamada doutrina do bem jurídico, firmada no século XIX, traduz-se numa evolução da tese garantista idealizada pelos iluministas e, ainda com o objetivo de delimitar a atuação do legislador penal, busca limitar os fatos merecedores de sanção àqueles realmente danosos à coexistência social. Importante salientar que, doutrinariamente, a introdução do conceito de bem jurídico se justifica “por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devido à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes” (PRADO, 2019, p. 10). Ademais, quanto ao moderno conceito de bem jurídico, é importante a contribuição de J. M. Birnbaum, que introduziu no Direito Penal a ideia de “bem” em substituição ao conceito de direito subjetivo.

Embora o conceito de delito enquanto lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos seja tema pacificado na doutrina penal, o mesmo não ocorre em relação ao conceito de bem jurídico propriamente dito. Em suma, a conceituação de bem jurídico-penal varia de acordo com o contexto histórico e jurídico sob o qual é formulado.

No sistema penal neokantiano, com bases espiritualistas e normativistas, o bem jurídico é concebido como um valor cultural. Nessa tradição:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica. (PRADO, 2019, p. 19)

Por outro lado, Hans Welzel considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente” (WELZEL, 1970 *apud* PRADO, 2019, p. 20). Para o autor, a soma dos bens jurídicos forma a ordem social, de modo que seu significado não deve ser visto isoladamente, mas sim levando em consideração a própria sociedade. Bem jurídico seria, então, um valor ético-social detentor de sentido positivo.

Claus Roxin, por sua vez, enquanto defensor do conceito de bem jurídico, parte do pressuposto de que a intervenção jurídica na seara criminal deve resultar de uma função social do Direito Penal (ROXIN, 2009, p. 16). Por conseguinte, tudo o que ultrapassa essa fronteira não deve ser tratado por essa área do direito. Conforme o autor,

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN, 2009, p. 17)

Neste sentido, bens jurídicos seriam os objetos legítimos de proteção normativa. Nas palavras do penalista, seriam “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o fundamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2009, p. 19).

Outrossim, Zaffaroni e Pierangeli também ressaltam a importância do bem jurídico para o Direito Penal. Os autores destacam a impossibilidade de se conceber uma conduta típica que não afete um bem jurídico, visto que os tipos penais são manifestações da tutela jurídica de tais bens (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 398). Deste modo, seria o bem jurídico o responsável por dar o sentido teleológico à lei penal.

Para os autores, o bem jurídico-penal pode ser definido como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse

mediante a tipificação penal de condutas que o afetam” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 399). Em outras palavras, seria o bem jurídico o direito que o indivíduo possui de dispor de determinados objetos – materiais ou não.

Assim, sempre que uma conduta impeça ou dificulte a disposição desses objetos, o bem jurídico é ferido. Segundo essa lógica, não seria a propriedade um bem jurídico, mas sim o direito do indivíduo de dispor de suas próprias prerrogativas enquanto ser humano. O mesmo, por certo, pode ser dito em relação ao bem “liberdade sexual”, que se traduziria no direito à autodeterminação em matéria sexual, na possibilidade de o indivíduo exercer sua sexualidade conforme sua própria vontade. Importante destacar que o conceito de disposição trazido pelos autores não se confunde com a faculdade de destruição. Disposição, neste caso, tem o sentido de uso, o que tornaria impossível a existência de bens jurídicos indisponíveis.

Analisados alguns dos conceitos de bem jurídico, é possível compreender que, embora haja diferenças quanto a sua definição propriamente dita, de modo geral, o bem jurídico pode ser entendido como todo ente cuja lesão importa ao Direito Penal, dada sua relevância para o indivíduo diretamente ofendido e para a sociedade como um todo. Além disso, a necessidade de ofensa a um bem jurídico é essencial para a limitação do poder de punir do Estado. Para Zaffaroni:

A proibição constitucional de exercer o poder punitivo quando a conduta não ofende um bem jurídico é análoga, como a de não habilitá-lo senão por lei formal estrita ou não fazê-lo por lei retroativa, etc.; não é outra coisa senão mais uma limitação constitucional à *potentia punienti* estatal. (ZAFFARONI, 2018, p. 25)

No entanto, deve-se destacar que não existe tutela penal integral de qualquer bem jurídico, visto que o Direito Penal apenas proíbe a prática de determinadas condutas que os ofendam. Da mesma maneira, conforme se depreende dos ensinamentos de Zaffaroni (2018), dizer que o poder punitivo tutela ou protege penalmente o bem jurídico é ilusório. Tal afirmação apenas poderia se mostrar verdadeira quando comprovada a efetividade da função preventiva da pena em determinada sociedade.

Por outro lado, tal afirmação não significa que o Direito Penal não possui nenhuma função protetora de bens jurídicos. Isso porque esse ramo do direito trabalha na contenção do poder punitivo, com o qual protege os bens jurídicos. Essa função do Direito Penal é importante na medida em que um poder punitivo sem qualquer controle mina o Estado de Direito. Assim, “o direito penal projeta a tutela de todos os bens jurídicos, ao passo que o poder punitivo ameaça todos eles por sua ofensividade potencial em caso de descontrole” (ZAFFARONI, 2018, p. 28).

Finalmente, é necessário compreender a diferença entre bem jurídico lesado e bem jurídico tutelado, conceitos cuja distinção costuma ser realizada de maneira equivocada mesmo pelos estudiosos do Direito Penal. Tal confusão decorre dos penalistas liberais europeus do século XIX. À época, os estados europeus não eram constitucionais, de modo que careciam de uma lei suprema que proibisse a interferência da moral e da ética no processo legislativo. Diante disso, surgiu a necessidade de utilização das ideias jusnaturalistas para limitar o poder punitivo do Estado. Assim, os juristas liberais:

[...] atribuíram ao poder punitivo a função de tutelar os direitos subjetivos, o que implicava a proibição legal de tipificar delitos que não os ofendessem, pois era contraditório penalizar o que se devia tutelar. Ao mesmo tempo, isso tornava necessário atribuir alguma função preventiva à pena. Assim, para sustentar a necessidade do *bem jurídico lesado*, inventaram como pressuposto o *bem jurídico tutelado* e a consequente função preventiva da pena. (ZAFFARONI, 2018, p. 29)

Em outras palavras, os juristas não criaram um princípio penal derivado do constitucional, mas sim um conceito penal de bem jurídico tutelado para, a partir dele, deduzir a ideia de bem jurídico lesado. Em razão disso, não houve uma vinculação hierárquica entre as esferas constitucional e penal, mas sim uma fusão entre as duas. É necessário ter essa percepção para que não se caia no erro de compreender o poder punitivo como tutor de bens jurídicos, pois tal pensamento legitima a expansão do Direito Penal, tal como ocorreu nos Estados fascistas do século XX.

2.2 A dignidade sexual como bem jurídico

Conforme se depreende do exposto, todo bem que importa ao Direito é um bem jurídico, porém, nem todo bem jurídico deve ser considerado como um bem jurídico-penal. O Direito Penal é responsável por lidar apenas com as condutas que lesionem mais gravemente os bens considerados de maior importância para a sociedade. Isso posto, destaca-se a possibilidade de disposição sobre a própria liberdade sexual enquanto bem cuja relevância importa para o acionamento do Direito Penal.

Ao longo dos anos, os delitos atualmente denominados “crimes contra a dignidade sexual” passaram por diversas modificações no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se dá como reflexo das transformações na forma como a sociedade enxerga a sexualidade humana e suas diversas manifestações no decorrer do tempo. Ao passo em que o papel da mulher na

sociedade sofreu drásticas mudanças ao longo do século XX, as transformações ocorridas na sociedade contemporânea trouxeram novos problemas cujas soluções têm sido buscadas através do Direito Penal.

É inegável que muito se evoluiu quanto à tipificação dos crimes sexuais. Todavia, ainda há muito a se criticar quanto à forma como o legislador se ocupou do tema. Certo é que a redação original do Título VI do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) refletia a ideologia machista e paternalista da época, o que pode ser demonstrado pela intromissão do legislador na sexualidade dos indivíduos ao ditar uma moral sexual.

Nessa perspectiva, demonstram Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

A anterior denominação do Título VI – “Dos crimes contra os costumes” – era reveladora da importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, ao lado, e, às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes como a integridade física e psíquica e a liberdade sexual. É o que se verificava claramente, por exemplo, na previsão como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o autor do crime sexual, por se considerar esta causa de desonra para a vítima e a união em matrimônio uma forma de se reparar o mal causado pelo delito, mediante a restauração do conceito que usufruía ela no meio social. A anterior denominação também “transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual”, ainda que esse comportamento tido como desviante não fosse ilícito. (FABRINI; MIRABETE, 2021, p. 436)

Importante salientar que a nomenclatura “dos crimes contra os costumes” já apresentava problemas mesmo nos anos de 1940, isto porque não correspondia ao bem jurídico que se buscava proteger, “violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos” (BITENCOURT, 2020, p. 43). Outrossim, o teor preconceituoso e moralista do texto legal original não se compatibilizava com a liberdade de ser, pensar e agir garantida pela Constituição Federal de 1988.

É possível observar, portanto, que a terminologia “dos crimes contra os costumes”, bem como a própria redação dos artigos pertencentes ao Título VI do Código Penal passaram a não mais se adequarem às novas formas de pensar e agir da sociedade em matéria sexual (FABBRINI; MIRABETE, 2021, p. 436). Diante disso, é de se imaginar que as mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009 significaram um grande avanço legislativo. Contudo, em verdade, tais alterações foram ainda tímidas e incapazes de eliminar completamente a visão preconceituosa e conservadora tradicionalmente atrelada ao tema.

Esse acanhamento se demonstra já na nova denominação do Título VI do Código Penal, que trouxe a expressão “dos crimes contra a dignidade sexual” em substituição ao ultrapassado

jargão “dos crimes contra os costumes”. Se por um lado é inegável que o abandono do título antigo é uma evolução, pois demonstra a percepção do legislador de que o bem jurídico atingido não era “os costumes”, por outro a nova expressão não foi necessariamente a melhor escolha. Isto porque o uso da expressão “dignidade sexual” não elimina a imposição de um “padrão sexual” pelo legislador, embora a torne mais sutil. Conforme aponta Guilherme de Souza Nucci, “dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra” (NUCCI, 2015, p. 18).

Se a intenção do legislador foi afastar o texto legal de um determinado padrão de moralidade sexual, o bem jurídico protegido pelo Direito deveria ser a liberdade sexual enquanto autodeterminação em matéria sexual. Deve-se ter em mente que o que a lei busca coibir é a prática de atos que cerceiam a possibilidade de o indivíduo dispor da própria sexualidade, de modo que apenas o uso de coação física, grave ameaça ou o abuso da imaturidade ou da falta de desenvolvimento psicológico dos menores e incapazes se enquadram como condutas merecedoras de repressão penal (BRODT, 2009, p. 2). Assim, o que se tutela verdadeiramente não é a dignidade sexual enquanto padrão de comportamento sexual tido como apropriado, mas sim a liberdade sexual como um valor ético-social.

Além disso, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, da qual decorre a “dignidade sexual” é problemática, pois dá abertura a diversas interpretações. Sobre o tema, Claus Roxin destaca que “o atentado contra a própria dignidade humana não é, todavia, lesão de um bem jurídico” (ROXIN, 2009, p. 21). O autor critica esse tipo de penalização no direito alemão ao dar o exemplo da vedação da modificação artificial de informação hereditária de células germinais humanas. Tal norma se justifica porque esse tipo de intervenção contrariaria a dignidade humana. Contudo, o autor defende que:

Neste caso, somente existiria uma lesão de um bem jurídico quando, desta forma, o material genético do recém-nascido se manipula, e isto por causa da diminuição das possibilidades de desenvolvimento, não previstas. Não obstante, se a intervenção se dá como objetivo de impedir doenças hereditárias maiores, a criança não é lesionada; por exemplo, se melhoraram as possibilidades de vida e desenvolvimento. Isso não é uma lesão de bens jurídicos. (ROXIN, 2009, p. 22)

Do mesmo modo, a referência à dignidade sexual é problemática porque abre margem à ampliação da intervenção do Estado na seara criminal para além dos limites consonantes ao Direito Penal fundado sob a égide do princípio constitucional da intervenção mínima, como é proposto pela Constituição Federal do Brasil. Sendo o Direito Penal a *ultima ratio* do Estado,

sua atuação deve se restringir apenas aos comportamentos que afetem diretamente e de forma suficientemente grave a liberdade sexual.

Não obstante, a legislação penal brasileira possui, ainda, normas pautadas unicamente na moral, nas quais não há qualquer lesão à liberdade sexual da suposta vítima. Esse é o caso, por exemplo, dos crimes de mediação para servir à lascívia de outrem, favorecimento ou manutenção de casa de prostituição e rufianismo.

Ademais, criminalização de condutas que não afetem a autodeterminação sexual importa em abuso do exercício do poder punitivo estatal. Ainda segundo Roxin, “atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico” (ROXIN, 2009, p. 21).

O mesmo pode ser dito sobre a penalização de condutas tidas como tabus e à proteção de sentimentos. Sobre o último, o autor destaca que somente pode ser tido como proteção de bem jurídico quando o sentimento protegido é de ameaça, haja vista ser função do Estado assegurar aos seus cidadãos uma vida em sociedade livre de medo. Todavia, “uma proteção do sentimento que vá além do exposto não pode ser função do Direito Penal, pois o homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência” (ROXIN, 2009, p. 22). Nesse sentido, não deveriam ser alvo do controle penal as condutas que apenas causam desconforto, como presenciar a prática de atos sexuais em público ou o recebimento de material pornográfico não solicitado por meio das redes sociais.

3 OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NA ATUALIDADE

Como visto, o Título VI do Código Penal sofreu diversas modificações ao longo do tempo, sendo as mais notórias decorrentes da Lei nº 12.015/2009. Além da já analisada mudança referente ao título “dos crimes contra os costumes”, destaca-se a alteração do conteúdo de vários tipos penais, tais como do crime de estupro (artigo 213), da violação sexual mediante fraude (artigo 215), do estupro de vulnerável (artigo 217-A) e da corrupção de menores (artigo 218), bem como a revogação dos crimes de sedução (artigo 217) e de todos os crimes do Capítulo III, que tratavam do rapto.

Assim, a partir da reforma legislativa proposta pela Lei nº 12.015/2009, homens e mulheres passaram a ser igualmente sujeitos passivos dos crimes sexuais, a proteção aos menores de 18 anos foi ampliada, bem como a proteção atribuída às pessoas especialmente vulneráveis, seja em razão de enfermidade mental ou, por exemplo, por incapacidade de oferecer resistência; além da ampliação à repressão das diversas formas de exploração sexual (FABBRINI; MIRABETE, 2021, p. 436).

Contudo, apesar dos indiscutíveis avanços decorrentes da Lei nº 12.015/2009, o legislador persistiu no erro de manter descrições imprecisas, como “conjunção carnal” e “outro ato libidinoso”, que abrem margem a interpretações demasiadamente punitivistas. Considerando que a Constituição Federal impõe o princípio da intervenção mínima, bem como o princípio da taxatividade, é imprescindível que as normas penais mencionem expressamente as condutas que visam coibir. Assim:

Diante da infeliz redação atual somente resta-nos interpretá-la de maneira restritiva, conforme convém ao direito penal mínimo e garantista que decorre dos postulados constitucionais. Desse modo, por conjunção carnal, deve-se entender a cópula, introdução do pênis na vagina. [...] Quanto aos “outros atos libidinosos”, somente podemos considerar aqueles que guardam proporcionalidade com a conjunção carnal forçada. (BRODT, 2009, p. 6)

A lógica apontada por Brodt é seguida por várias legislações estrangeiras, tal qual o Código Penal Espanhol, que divide as agressões sexuais de acordo com a gravidade e impõe sanções proporcionais. O artigo 178 do referido diploma normativo, que impõe a pena de um a cinco anos, se aplica às condutas que atinjam de forma mais leve o bem jurídico “liberdade sexual” e traz a seguinte redação: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*”.

Por outro lado, a legislação espanhola pune mais severamente “*cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*”, caso em que “*el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años*”, nos termos do artigo 179 do Código Penal Espanhol. Pode-se observar, portanto, que o diploma normativo distingue a figura do agressor sexual da do violador, impondo-lhes penas de acordo com a proporção do dano causado à vítima.

Semelhante é o caso do Código Penal Português, que explicita as condutas que perfazem o crime de violação. O referido dispositivo determina, em seu artigo 164º, que:

- 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:
 - a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
 - b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;
 É punido com pena de prisão de três a dez anos.
- 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:
 - a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
 - b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;
 É punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

De modo diverso, a legislação brasileira não realiza uma distinção tão clara quanto às condutas que configuram o crime de estupro. Embora a expressão “conjunção carnal” tenha significado unânime, o mesmo não ocorre em relação aos “atos libidinosos”, que passaram a compor o crime de estupro após a revogação do crime de atentado violento ao pudor. A unificação dos dois crimes, ao invés de apenas reconhecer outras formas de violência tão graves quanto a conjunção carnal forçada, como é o caso do sexo anal, abriu margem para que qualquer conduta se enquadre no tipo penal, mesmo que menos grave, como é o caso do controverso “beijo lascivo”.¹

Voltando à análise das modificações realizadas no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se destacar outra importante alteração quanto aos crimes sexuais, desta vez decorrente da Lei nº 13.718/2018. A referida lei foi responsável por inserir no Código Penal os artigos 215-A, que criminaliza a importunação sexual, e 218-C, que criminaliza a divulgação de cena de

¹ O beijo lascivo pode ser compreendido como o “beijo de cinema”, como aquele que se configura numa descarga longa e intensa de libido e que, devido ao seu cunho sexual, quando aplicado a alguém pelo uso da força, constituiria o crime de estupro (NUCCI, 2015, p. 39).

estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de sexo ou pornografia. Além disso, impôs alterações em outros dispositivos, inclusive com a adoção da ação penal pública incondicionada para processamento dos crimes dos Capítulos I e II do Título VI do Código.

Para este trabalho, importa o artigo 215-A, cuja redação é a seguinte:

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.

A criação do crime de importunação sexual teve grande repercussão social, pois foi vista como uma resposta ao clamor social por justiça após um famoso caso ocorrido em agosto de 2017. Na ocasião, um homem foi detido após ejacular sobre uma mulher dentro de um ônibus na Avenida Paulista, em São Paulo. Porém, causou indignação popular a suposta falta de rigidez no tratamento do acusado, que foi liberado menos de 24 horas após a prisão em flagrante.

À época, condutas semelhantes à do caso narrado não encontravam adequação típica na legislação penal brasileira, de modo que se iniciou um acirrado debate acerca da punição mais adequada para o ato. Por um lado, haviam os que defendiam a adequação ao crime de “ato obsceno” (artigo 233 do Código Penal), “que é uma infração penal *contra o ultraje ao pudor público*, cuja pena cominada é de três meses a um ano de detenção, o que, convenhamos, é absolutamente desproporcional à gravidade da conduta praticada” (BITENCOURT, 2020, p. 79).

Por outro lado, havia os que defendiam a adequação ao crime de estupro (artigo 213 do Código Penal), dada a violência simbólica do ato. Contudo, considerando a pena cominada ao crime de estupro e, ainda, o fato deste pertencer ao rol de crimes hediondos, pode-se concluir que essa tipificação tornaria a punição do ato também desproporcional.

Assim, com o artigo 215-A, o legislador pretendeu tipificar condutas com menor gravidade que o crime de estupro, mas que deveriam ser tratadas com maior severidade que o crime de ato obsceno (artigo 233 do Código Penal) ou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei de Contravenções Penais), revogada pelo referido dispositivo (FABBRINI; MIRABETE, 2021, p. 457). O crime de importunação sexual é, por

consequente, delito de médio potencial ofensivo, com possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95².

Apesar de aparentemente ser a solução ideal para a lacuna legislativa, o crime de importunação sexual persiste no já citado erro recorrente do legislador ao tratar dos crimes sexuais. Sua redação também é pouco clara na descrição da conduta penalizada, vez que traz a antiquada e a vaga expressão “ato libidinoso” para descrevê-la.

Em decorrência dessa falta de clareza, na prática nem sempre a delimitação da conduta praticada pelo agente é realizada facilmente. Em determinadas situações ainda é possível que haja confusão sobre o tipo penal infringido, principalmente porque a importunação sexual dificilmente deixará vestígios, visto que não pressupõe violência ou grave ameaça para sua configuração. Outrossim, a tendência atual de considerar a viabilidade de cometimento dos crimes sexuais sem contato físico direto entre vítima e agressor ou mesmo ocorridos no ambiente virtual – inclusive o crime de estupro – deixa ainda mais nebulosa a aferição do crime efetivamente praticado.

3.1 *Cibercrimes*: violência sexual no ambiente virtual

O advento da internet e a facilidade cada vez maior de acesso à informação trouxe, sem dúvida, inúmeras vantagens. A importância da rede mundial de computadores tem se tornado cada vez maior, seja em relação ao lazer, ao desenvolvimento profissional, à manutenção de relacionamentos ou à aquisição de conhecimento por seus usuários. Porém, esse crescimento, juntamente com a dificuldade de fiscalização e o número cada vez maior de internautas, propicia, também, uma facilitação para a prática de delitos nesse meio.

Ademais, o isolamento social ocasionado pela pandemia de COVID-19 é, também, propulsor do cometimento de diversos delitos, inclusive os denominados *cibercrimes*. Isso porque o número de usuários da *internet* teve um crescimento exponencial em razão do ensino remoto, do teletrabalho e do simples fato de as pessoas passarem mais tempo em casa.

De acordo com os dados da pesquisa TIC DOMICÍLIOS³ (Edição COVID-19 – Metodologia Adaptada), realizada pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil (NIC.br), estima-

² Deve-se frisar que a possibilidade de suspensão condicional do processo não se aplica na hipótese de incidência da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), conforme determina a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça.

³ Visto em: <https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>. Acesso em: 10 nov 2021.

se uma proporção maior de domicílios com acesso à *internet* (83%) em todos os segmentos analisados (áreas urbanas e rurais e todas as faixas de renda familiar) nesse período. Além disso, conforme dados divulgados pela ONG SaferNet, as denúncias de pornografia infantil no Brasil aumentaram 33,45% em 2021, em comparação ao mesmo período de 2020, ano que havia atingido o recorde histórico de denúncias. Por conseguinte, é possível observar que a *internet* é tida como um lugar propício para o cometimento de certas condutas, visto que, para o transgressor, há a falsa sensação de impunidade em razão da possibilidade de anonimato existente no meio virtual.

Crimes cibernéticos podem ser definidos, então, como a atividade criminosa realizada mediante o uso de dispositivos com acesso à *internet* como meio e ferramenta para sua concretização. Além dos crimes cuja tipificação prevê expressamente o uso desses dispositivos para sua consumação, tais como os previstos na Lei nº 12.737/2012, conhecida popularmente como Lei Carolina Dieckmann, tem ocorrido a tendência jurisprudencial de expandir o sentido dos crimes sexuais já existentes para englobar a possibilidade da prática no ambiente virtual. É o que ocorre, por exemplo, com o crime de estupro.

3.1.1 O estupro virtual x Direito Penal Mínimo

O estupro é previsto no artigo 213 do Código Penal, no capítulo denominado “dos crimes contra a liberdade sexual”, e possui a seguinte redação:

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) s 10 (dez) anos.

Como se pode observar, trata-se de tipo misto alternativo, vez que estabelece mais de uma conduta que, se praticadas no mesmo contexto fático, caracterizam o cometimento de um único crime. Ressalvadas as críticas aqui apontadas acerca das expressões “conjunção carnal” e “ato libidinoso”, a doutrina compreende que tais condutas podem ser assim descritas:

Conjunção carnal, por sua vez, tem sido definida como *cópula vagínica*, isto é, alguns doutrinadores têm conceituado a *conjunção carnal* como o *relacionamento sexual normal* entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta, do órgão genital masculino na cavidade vaginal. A

nosso juízo, está completamente superado falar em “relação sexual normal”, pois dificilmente chegaríamos a um consenso sobre o que é “relação sexual anormal”. *Ato libidinoso*, por fim, é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal. São exemplos de atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, a *fellatio in ore*, o *lesbianismo*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus*, a *sodomia* etc. (BITENCOURT, 2020, p. 48)

Percebe-se que, apesar de o legislador não discriminar as condutas que se enquadram como atos libidinosos, a interpretação doutrinária sempre caminhou no sentido de enquadrar como estupro apenas as condutas que pressupunham contato entre vítima e agressor. Ademais, considerando a gravidade da pena cominada ao crime, bem como seu pertencimento ao rol de crimes hediondos, é acertada uma interpretação restritiva, de modo a considerar como “outros atos libidinosos” apenas aqueles que guardem proporcionalidade com a conjunção carnal forçada. Nesse sentido:

[...] se os limites de pena vão variar da mesma forma como na hipótese expressamente referida, nada mais lógico que se conclua que devam ser atos libidinosos de gravidade proporcional. Assim, parece-nos indiscutível que estão abrangidos, desde que praticados mediante violência ou grave ameaça, o coito anal, o sexo oral e a introdução de objetos contundentes na vagina ou no ânus. Quanto ao chamado “beijo lascivo” ou apalpações nos seios ou nas nádegas, por manifesta desproporcionalidade, não os compreendemos no âmbito do alcance do tipo do art.213 do CP. (BRODT, 2009, p. 6)

No entanto, hoje tem se consolidado o entendimento no sentido de ampliar o conceito de “atos libidinosos” para viabilizar que qualquer intimidação realizada através da *internet* com a finalidade de satisfação da lascívia do autor se enquadre como estupro. É o popularmente denominado “estupro virtual”.

Essa modalidade de cometimento do crime de estupro pode ser definida como a ameaça ou coação, realizada na *internet*, com o objetivo de constranger a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique qualquer ato libidinoso. Sua configuração pode ocorrer parcial ou integralmente no meio virtual. No primeiro caso, o agente poderia, por exemplo, se utilizar de informações íntimas da vítima para coagi-la a praticar atos libidinosos, com o próprio agente ou com terceiro. No segundo, o sujeito ativo poderia utilizar as informações para coagir a vítima a praticar atos libidinosos consigo mesma via *webcam*, com a finalidade de satisfazer sua lascívia, caso em que não haveria qualquer contato direto entre ambos.

Em suma, enquanto no estupro físico é necessário o uso da força bruta para subjugar a vítima e para, posteriormente, consumir o ato sexual, no estupro virtual a vítima é submetida a uma dominação psicológica.

A discussão sobre o tema se fortaleceu nos últimos anos em razão da popularização de redes sociais como *Whatsapp*, *Facebook* e *Instagram*, que facilitam que seus usuários iniciem relacionamentos e, até mesmo, troquem mensagens de cunho sexual com qualquer pessoa, prática que ganhou o nome de *sexting*, que decorre da língua inglesa, em uma fusão das palavras *sex* e *texting*, e significa, basicamente, a prática sexual através de mensagens de texto. Essa prática por si só não possui qualquer consequência jurídica. Todavia, essas mensagens ou vídeos podem ser utilizados, posteriormente, para o cometimento de crimes contra um dos envolvidos, caso que fomenta o acionamento do Direito Penal.

Em 2017, se configurou o primeiro caso tipificado como estupro virtual no Brasil. O episódio ocorreu em Teresina, no Piauí, quando o agressor ameaçou publicar fotos íntimas da vítima, sua ex-namorada, caso ela se recusasse a enviar imagens em que aparecesse se masturbando ou até mesmo inserindo objetos na vagina. O agente havia criado um perfil falso no *Facebook* com o nome da ex-namorada, no qual postava fotos íntimas e de familiares da moça. Contudo, a vítima, que não sabia quem era o autor das ameaças, realizou a denúncia. A Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática, então, iniciou a investigação da prática de um estupro virtual. Com o objetivo de identificar o acusado, o juiz da Central de Inquéritos de Teresina/PI determinou que o *Facebook* fornecesse as informações sobre o usuário do computador utilizado na prática do crime. A partir do endereço IP do aparelho, o acusado foi rastreado e preso.

O caso retratado se enquadra como “sextorsão”, termo que, embora inexista no ordenamento jurídico, é utilizado para definir casos em que o agressor chantageia a vítima através da ameaça de divulgação de conteúdos íntimos previamente obtidos, para atender a suas exigências, que na maioria das vezes consistem no envio de fotos ou vídeos de conteúdo pornográfico.

A possibilidade de configuração de estupro virtual é, ainda, uma questão bastante recente e, por conseguinte, gera inúmeras discussões. Ao analisar o tema, é indispensável levar em conta que a legislação penal brasileira se subordina aos princípios constitucionais, que têm a função de limitar o poder punitivo do Estado, dentre os quais se destacam os princípios da intervenção mínima, da taxatividade, da fragmentariedade, da ofensividade e da proporcionalidade. Uma interpretação sistemática do texto constitucional traz a conclusão de

que o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, deve buscar implantar o Direito Penal mínimo e garantista.

Ademais, as inovações interpretativas que buscam unicamente inflar o poder punitivo dão vazão ao fortalecimento de um modelo eminentemente repressor, com vieses persecutórios excessivos, que o texto constitucional visa combater. Sobre o tema, Bitencourt (2021) previne que:

Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”. Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos. (BITENCOURT, 2021, p. 27)

No mesmo sentido, entende Claus Roxin que a formulação de leis pouco claras e imprecisas não protege os cidadãos da arbitrariedade do Estado, uma vez que tais leis não funcionam como limitadoras do *potentia puniendi* estatal. Além disso, o autor defende que as leis abertas a diversas interpretações contrariam o princípio da divisão de poderes, uma vez que permitem que o juiz realize a interpretação que julgar conveniente, de modo a invadir o terreno do legislativo (ROXIN, 1997, p. 169).

De modo semelhante postula Eugenio Zaffaroni (2021), para quem a interpretação da lei penal não pode ser feita livremente, devendo obedecer certas regras:

- a) Primeiramente, deve-se rejeitar a “interpretação extensiva” sempre que acarretar na inclusão de hipóteses punitivas que extrapolem a semântica da letra da lei, pois, neste caso, o intérprete estaria atuando por analogia.
- b) Em segundo lugar, não devem ser aceitas regras irrefutáveis dentro dos limites semânticos do texto. Para o autor, embora haja verdade na frase “onde a lei não distingue não se deve distinguir”, deve sim haver certa flexibilidade interpretativa, mas desde que “haja imperativos racionais que nos obriguem a distinguir e, claro está, sempre que a distinção não aumente a punibilidade saindo dos limites do texto”.
- c) Por fim, é correto que existirão casos em que a análise da letra da lei permitirá duas interpretações, sendo uma mais ampla e outra mais restrita. Nestes episódios, faz-se necessário recorrer ao princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual o sentido

adotado deve ser sempre o que favorecer o réu, ou seja, o mais restritivo, desde que tal interpretação esteja em harmonia com o sistema jurídico como um todo.

Além dos argumentos listados, deve-se considerar o quão perigoso é para o Estado Democrático de Direito que seja facultado ao juiz dar uma interpretação própria ao texto legal para se adequar ao clamor social por justiça. O magistrado deve sempre proferir sentenças dentro do quadro constitucional.

3.2 HC 478.310/PA e a nova tendência jurisprudencial

Apesar dos apontamentos levantados até aqui, é uma realidade que cada vez mais estudiosos do Direito Penal têm adotado um entendimento mais amplo acerca do conceito de “atos libidinosos” e suas possibilidades de configuração. Essa nova vertente, que entende pela possibilidade de cometimento dos crimes sexuais completamente no ambiente virtual, tem tomado força e até mesmo mudado o entendimento jurisprudencial.

Sobre o tema, é emblemático o informativo de jurisprudência nº 0685 do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 22 de fevereiro de 2021. A edição traz o HC 478.310/PA como a nova tendência de interpretação quanto aos crimes sexuais cometidos sem contato entre vítima e agressor.

O caso trata de um estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), em que os acusados produziram conteúdo de pornografia infantil e praticaram atos libidinosos com as vítimas. Em suma, um dos réus mantinha contato com duas mulheres, sendo uma, mãe de uma menina de três meses e outra, cuidadora de uma menina de dois anos e onze meses e, por meio de troca de mensagens, as encorajavam na prática de atos libidinosos com as menores. Ambas as crianças foram vítimas do abuso.

Quanto à prática do crime de estupro por parte das duas mulheres não há qualquer dúvida. O debate surge sobre o cometimento do crime pelo réu que induziu a conduta das demais, vez que, inicialmente, sua participação nos delitos se restringiu à chamada “contemplanção lasciva” dos abusos praticados diretamente pelas corrés contra as vítimas. Quanto à questão controvertida, o juiz de primeiro grau entendeu que:

O réu, em que pese não cometer o núcleo do tipo penal, tem uma conduta tão relevante quanto àquelas perpetradas pelas corrés. Justifica-se o instituto da codelinquência além da pluralidade de agentes culpáveis, pela relevância causal das condutas para a produção do resultado, pelo vínculo subjetivo

estabelecido (nexo psicológico), pela unidade de infração penal para todos os agentes e ante a existência de fato punível. O panorama dos fatos se desenha da seguinte forma: [A.], embora não responsável pelo núcleo do tipo penal sob análise, tinha a situação controlada para uma investida procaz no sentido de realização de seus desejos sexuais, podendo, então, nesse contexto, ser classificado como autor intelectual, vale dizer, aquele que planeja mentalmente a conduta criminosa. Não obstante tal consideração, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que em tais situações o autor intelectual é partícipe, pois ainda prevalece a teoria objetivo-formal no instituto jurídico do concurso de agentes, onde o autor é quem pratica o verbo do tipo penal, sendo partícipe, por outro lado, quem de qualquer modo concorre para o crime material ou intelectualmente, sem praticar o núcleo do tipo.

Ademais, o magistrado destaca que

[...] tanto para crime de estupro, na forma do art. 213, como para estupro de vulnerável, no modelo do art. 217-A, não há necessidade de contato físico entre agente e vítima, podendo ser cometido o crime até virtualmente, segundo algumas decisões atuais de nossa jurisprudência [...].

Assim, é possível observar ser o julgador afiliado da posição que defende uma interpretação mais ampla para “atos libidinosos”.

Em sede recursal, a defesa manteve como argumento a impossibilidade de configuração do crime do artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), dada a ausência de contato físico direto entre o autor e as ofendidas. O Tribunal, por sua vez, manteve a decisão de primeiro grau, conforme se demonstra na ementa do HC 478.310/PA:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional.
2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar onexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.
3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantas (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplação lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal.
4. Ordem denegada.

(HC 478.310/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 18/02/2021)

No entanto, deve-se levar em consideração, também, que no caso narrado, além do envio de vídeos e imagens para satisfação da lascívia do réu, houve efetivo contato físico entre as menores e as demais rés, que praticaram masturbação e sexo oral nas meninas, além de uma delas ter simulado a amamentação de uma das menores. Diante dos fatos, não há qualquer controvérsia quanto à violação do bem jurídico protegido pelo artigo 217-A do Código Penal. Além disso, consta nos autos que o réu chegou a se encontrar em um motel com a vítima de três meses e sua mãe, local onde se pressupõe que também praticou atos libidinosos contra a infante.

À vista disso, é acertada a punição do réu pela prática do crime de estupro de vulnerável, mas não parece correto a utilização de uma interpretação expandida do tipo penal para justificar a aplicação da sanção. Conforme demonstrado, o réu participou ativamente para a violação das menores, ainda que como “autor intelectual” ou partícipe. Quanto ao episódio do motel, houve prática direta das elementares previstas no artigo 217-A do Código Penal. Ademais, ficou demonstrada sua participação enquanto autor intelectual do crime, visto que instigou as demais rés a realizarem atos libidinosos contra as vítimas.

Importante destacar que existem várias formas de participação. Contudo, a doutrina considera especialmente duas: a cumplicidade e a instigação. Cúmplice é aquele que “contribui para o crime, prestando auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo” (FABBRINI; MIRABETE, 2021, p. 238). Quanto à instigação, leciona Bitencourt que:

Ocorre a instigação quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. Instigar significa criar na mente de outra pessoa a ideia de cometer um crime, bem como animar, estimular, ou reforçar uma ideia existente. O instigador limita-se a provocar ou reforçar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. (BITENCOURT, 2020, p. 273)

O autor destaca, ainda, que independentemente da forma de participação, é necessária a presença de dois requisitos: a eficácia causal e a consciência de participar do ato. Requisitos estes demonstrados no cenário analisado. Os próprios julgadores do caso afirmam ter o réu agido como instigador das corrés na prática dos ilícitos. Assim, sua conduta se enquadra no artigo 29 do Código Penal, que trata da participação e dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

4 A QUESTÃO PROBATÓRIA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: A SOBERANIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

Os crimes sexuais, como um todo, comportam grande dificuldade quanto à análise probatória, sobretudo quando não deixam vestígios. Ocorre que estes crimes costumeiramente se concretizam na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, de modo que o conjunto probatório costuma ser extremamente frágil para ensejar a condenação do réu. Neste sentido, o julgador, invariavelmente, se baseia principalmente na palavra da vítima para formar sua convicção e proferir a sentença.

Conforme assinala Aury Lopes Jr. (2016), o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximada de determinado fato histórico. Sua função é conduzir o juiz a uma decisão baseada no conhecimento fornecido por essa reconstrução. Assim sendo, “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)” (LOPES JR., 2016, p. 355). A partir delas, são eleitas as hipóteses históricas que conduzirão o julgador a uma decisão. Portanto, um conjunto probatório robusto é essencial para que essa reconstrução ao menos se aproxime da realidade dos fatos, uma vez que uma reconstrução perfeita, que mostre a “verdade real” dos acontecimentos, é impossível.

Importante destacar que o Código de Processo Penal impõe, em seu artigo 158, que sempre que “a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. O mesmo dispositivo determina que há prioridade do corpo de delito em detrimento das demais provas nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, a desnecessidade de violência física para a consumação dos crimes sexuais, como é o caso do estupro na modalidade que prescinde de conjunção carnal, dificulta a possibilidade de realização de corpo de delito, em razão da ausência de vestígios. Ademais, mesmo nos casos em que é possível realizar o exame pericial, o dilema da prova poderá se manter, caso o laudo pericial não possa provar se a relação sexual foi consentida ou forçada.

Diante de tal dificuldade, a jurisprudência tem dado maior relevância à prova testemunhal nos casos de violência sexual, ainda que, a princípio, o ordenamento jurídico vede a prova tarifada⁴. Neste sentido, foi divulgada, em 2018, a edição 111 da Jurisprudência em

⁴ No sistema legal de provas tarifadas há uma hierarquização das provas, sendo o valor de cada uma, predefinido. Nesse sistema, o magistrado não possui a liberdade de valorar as provas de acordo com as especificidades do caso julgado. Atualmente, o Brasil adota como regra o sistema do livre convencimento motivado, no qual as provas não possuem um valor prévio. Não há, então, prova que se

Teses do Superior Tribunal de Justiça, que trata das provas no processo penal. Segundo o informativo, em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos⁵.

Contudo, dada a dificuldade de realização de provas técnicas que apurem com maior grau de certeza a autoria e a materialidade delitiva, frequentemente, a palavra da vítima (ou da testemunha, quando existir) é utilizada como único meio de prova no processo. Essa tendência é bastante problemática, pois a memória humana não é inteiramente confiável.

É necessário considerar que o sujeito detentor do conhecimento dos fatos possui suas próprias questões e vulnerabilidades, que podem afetar sua visão sobre o desenvolvimento dos acontecimentos. Em razão disso, a noção de verdade buscada pela prova testemunhal, via de regra, poderá não ser unívoca (PACELLI, 2021, p. 337). A verdade é sempre relativa, de modo que não há que se falar em “verdade real” no processo penal.

Outrossim, o prolongamento das investigações criminais e do próprio processo penal é determinante para o enfraquecimento da prova testemunhal, pois “impedirá uma atuação mais eficaz da *memória* do depoimento, com o que a sua convicção da realidade dos fatos apurados já não será tão segura” (PACELLI, 2021, p. 337).

Além disso, inúmeros fatores podem influenciar no surgimento de falsas memórias. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. enfatiza que:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. (LOPES JR., 2016, p. 496)

Dado que as lembranças não podem ser desassociadas da interpretação dada pelo indivíduo acerca dos fatos vivenciados, não há possibilidade de haver uma “verdade absoluta” aferida a partir do depoimento da testemunha ou da vítima. Ainda segundo Lopes Jr.:

Seja por ser integralmente subjetiva, seja por ser facilmente manipulável, a prova testemunhal tem natureza extremamente frágil, sendo o que melhor

sobreponha às demais. Portanto, o juiz possui a faculdade de valorar a prova de acordo com seu livre convencimento (devidamente fundamentado), tendo em vista as especificidades do caso.

⁵ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 25 out. 2021.

caracterizaria as lembranças a que alude o relato testemunhal a sua particularidade *porosa e permeável*, haja vista que delas fugir, com certa facilidade, imagens e informações, bem como podem surgir os mesmos elementos, de origem incerta, para se correlacionar com os fatos (ou objetos) percebidos no momento em que esteve a testemunha diante da cena de um – suposto – crime. (LOPES JR.; SEGER, p. 4-5)

Assim, é perceptível que o judiciário se encontra em um grande impasse, visto que, por um lado, há a dificuldade de realização de provas técnicas que possibilitem uma reconstrução dos fatos verossímil e, por outro, há a fragilidade de basear um julgamento em dados subjetivos, como a prova testemunhal. Afinal, mesmo que a vítima se proponha a denunciar o agressor, sua palavra pode estar viciada, ainda que involuntariamente.

O problema demonstrado é agravado sobremaneira diante da prescindibilidade de contato físico entre autor e vítima para configuração dos crimes sexuais. Nestes casos, além de inexistirem os vestígios que ensejam a realização de corpo de delito, como já ocorre nos casos de crimes sexuais consumados pela prática de certos atos libidinosos, há a possibilidade de que o autor e a vítima sequer estejam no mesmo ambiente no momento da consumação, como ocorre no chamado estupro virtual.

Outra questão a ser analisada é a dificuldade de diferenciação entre os crimes possivelmente cometidos quando não há contato físico entre o agressor e o ofendido, nem qualquer prova que possibilite a verificação da gravidade do dano causado. O crime de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal), por exemplo, é crime contra a liberdade sexual que não pressupõe a violência em seu *modus operandi*. Sua consumação prescinde, também, de contato físico entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, visto que a expressão “sem sua anuência” pressupõe que o crime se consuma quando o sujeito ativo pratica atos libidinosos, simplesmente na presença física da vítima ou virtualmente, dada a nova interpretação do texto legal.

O crime de estupro, por sua vez, quando cometido mediante grave ameaça, tendo por resultado a prática de atos libidinosos pela própria vítima, também prescinde de contato físico com o agressor. Assim, a ausência de outras provas além da palavra do ofendido, que tornem possível a aferição de sua participação na prática de tais atos, implica em uma extrema dificuldade de diferenciação entre os delitos. Ou seja, “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso poderá, em tese, tipificar o crime de estupro (mediante grave ameaça – 2ª parte do art. 213)” (BITENCOURT, 2021, p. 82), o que dificulta a atividade do julgador de aplicar a lei cabível.

Deve-se considerar, ainda, a diferença quanto às penas cominadas a cada um dos delitos. Enquanto a importunação sexual é crime de médio potencial ofensivo, com pena de 1 a 5 anos e possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, o estupro é crime hediondo, cuja pena é de 6 a 10 anos. Portanto, uma condenação baseada em um conjunto probatório frágil pode trazer consequências gravíssimas ao acusado, que pode não ter cometido o crime mais grave.

Por fim, é necessário enfatizar que o processo penal é regido pelo princípio do *in dubio pro reo*, o que significa que o imputado é presumidamente inocente e não possui a incumbência de provar qualquer coisa. Assim, não há que se falar em condenação em razão de ausência de provas da tese defensiva. Por outro lado, é vedado ao juiz condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada (LOPES JR. 2016, p. 370).

4.1 Provas x Indícios

Outra importante questão a ser levantada quanto à formação do convencimento do magistrado no julgamento dos crimes sexuais diz respeito à diferenciação entre provas e indícios. Como visto, as provas “são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz” (LOPES JR., 2016, p. 357). Contudo, não são os únicos instrumentos que permitem uma análise sobre o cometimento de um fato criminoso.

Quando a investigação não alcança o grau de probabilidade elevado de uma prova, seu resultado é chamado de indício. O artigo 239 do Código de Processo Penal estabelece que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Ou seja, o indício é a circunstância indicativa da ocorrência de determinado fato.

Nesse campo, Pacelli destaca que

[...] é bom lembrar que o próprio Código de Processo Penal não faz referência expressa a *fatos*, mas, sim, a *circunstâncias*, com o que não se deve aceitar a prova da existência do crime ou da autoria por meio de simples provas indiciárias, que são *circunstanciais* por excelência. Nesses casos, elas deverão ser consideradas o que verdadeiramente são: *indícios*. (PACELLI, 2021, p. 360)

Portanto, ninguém pode ser condenado com base em meros indícios, dado o baixo grau de confiabilidade que eles possuem. Conforme leciona Lopes Jr., pensar de modo diverso

[...] significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal, perfilando-se, lado a lado, com as práticas inquisitórias desenhadas por [Nicolau] EYMERICH no famoso *Directorium Inquisitorium*” (LOPES JR., 2016, p. 525)

Dito isso, faz-se o questionamento acerca do enquadramento do depoimento testemunhal como prova ou indício. Em suma, essa classificação dependerá do caso concreto, da verossimilhança do depoimento e de sua harmonização com o acervo probatório. Considerando a já citada fragilidade da prova testemunhal, é de concluir-se que essa verossimilhança dificilmente poderá ser aferida quando inexisterem outras provas acostadas aos autos. Assim, o julgador deve tomar especial cuidado ao considerar o depoimento da vítima ou da testemunha como prova central para formação de seu julgamento, haja vista incorrer no perigo de realizar uma condenação com base em meros indícios do cometimento do fato delituoso.

5 O DIREITO PENAL COMO CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Feita a análise acerca da adequação típica dos crimes sexuais sem contato entre vítima e agressor, bem como dos meios de prova necessários para sua comprovação, faz-se necessário tratar de outros aspectos que contribuem para o cometimento de tais crimes. É impossível tratar do tema sem considerar o fator da violência de gênero e o papel do Estado em seu combate. Isso porque crimes sexuais são, além de um problema de política criminal, um reflexo da desigualdade de gênero.

Apesar dos avanços sociais em relação à igualdade entre homens e mulheres, observa-se que a figura feminina ainda é vista como um fator determinante para a incidência de delitos sexuais. É indiscutível a preponderância das vítimas femininas em tais crimes. Isso se explica pelo machismo enraizado na sociedade e a consequente normalização da violência contra a mulher.

A violência de gênero pode ser definida como aquela que decorre da discriminação e desigualdade entre homens e mulheres, e tem como base uma suposta inferioridade feminina em detrimento do sexo masculino. O conceito de gênero, enquanto forma de entender a dinâmica das relações sociais entre homens e mulheres, surgiu com as teorias feministas americanas do século XX, que buscavam enfatizar o caráter social das diferenças baseadas no sexo. Conforme assinala Scott (1995):

A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O termo “gênero” enfatizava igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Aquelas que estavam preocupadas pelo fato de que a produção de estudos sobre mulheres se centrava nas mulheres de maneira demasiado estreita e separada utilizaram o termo “gênero” para introduzir uma noção relacional em nosso vocabulário analítico. Segundo esta visão, as mulheres e os homens eram definidos em termos recíprocos e não se poderia compreender qualquer um dos sexos por meio de um estudo inteiramente separado. (SCOTT, 1995, p. 2)

Desse modo, o desenvolvimento do conceito de gênero foi um marco na história das Ciências Sociais, na medida em que trouxe à tona o questionamento sobre toda a ideologia de superioridade masculina. Ademais, a análise da violência contra as mulheres, a partir da perspectiva de gênero, é importante por impulsionar a adoção de ações multidisciplinares que visam a prevenção, punição e erradicação de tal violência, além de desconstruir as justificativas naturais dadas às desigualdades.

Outra grande contribuição dos movimentos feministas foi a desmistificação das formas de violência de gênero. Hoje tem-se a compreensão de que existem outras formas de violência além da física. A Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, que trata especificamente da violência doméstica contra a mulher, discrimina, em seu artigo 7º, as seguintes formas de violência:

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

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

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

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

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

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

Outrossim, o reconhecimento das diversas formas de violência tem ganhado cada vez mais espaço na seara penal, como é demonstrada pela Lei nº 14.188/2021, que inseriu o artigo 147-B no Código Penal, que passou a criminalizar a violência psicológica contra a mulher. Em uma paráfrase da Lei Maria da Penha, o referido dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação

do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Como se pode observar, o combate à violência contra a mulher tem sido uma pauta com destaque cada vez maior na sociedade. Os movimentos feministas tiveram grande contribuição nesse sentido. Tanto a criação da Lei Maria da Penha quanto da Lei nº 13.104/2015, que incluiu o feminicídio como qualificadora do homicídio (artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal), tiveram grande influência desse movimento. Importante destacar, ainda, que o reconhecimento das diversas formas de violência é essencial para que sejam criados mecanismos para combatê-la. Contudo, é imprescindível que esses mecanismos sejam, de fato, eficazes.

No entanto, o que se observa é que nas últimas décadas houve uma significativa tendência dos movimentos feministas interpretarem o incremento do sistema criminal como um dos principais mecanismos de enfrentamento à violência de gênero, seja por meio da criação de leis, seja pela adoção de uma interpretação mais rigorosa em relação aos crimes já existentes, como é o caso do entendimento jurisprudencial acerca da prescindibilidade de contato físico entre vítima e agressor para configuração dos crimes sexuais. Conforme destacam Clara Maria Roman Borges e Flávio Bortolozzi Jr.:

Investe-se assim em duas frentes: a) no campo da política criminal, tem-se a ideia de que o direito penal, por meio de penas mais pesadas, e o processo penal, por intermédio de procedimentos mais “rigorosos”, seriam a solução mais “lógica” para lidar com os problemas de violência de gênero, e b) no campo simbólico-discursivo, tem-se a concepção de que o reconhecimento jurídico-penal de uma situação diferenciada da mulher traz maior visibilidade e reconhecimento à violência de gênero (por meio de uma lei própria ou de um tipo penal específico). (BORGES; BORTOLOZZI JR., 2016, p. 334)

Em suma, as alterações legislativas que visam uma maior proteção às mulheres possuem um caráter simbólico para a importante luta feminista contra a desigualdade e a violência de gênero. No entanto, é necessário analisar se esta é a forma mais eficaz de proteger as mulheres e efetivamente erradicar as desigualdades entre os gêneros.

Se por um lado o maior destaque dado pelo legislador ao tema é positivo, na medida em que demonstra uma evolução da sociedade no sentido de dar voz às mulheres e de as enxergarem como seres tão detentores de direitos quanto os homens, por outro, os dados demonstram que o Direito Penal não é apto para criar mecanismos eficazes para a contenção da

violência. Pelo contrário, as estatísticas demonstram um aumento nas taxas de feminicídio e de outros atos de violência de gênero no Brasil a cada ano.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁶, o número de vítimas de feminicídio no Brasil subiu vertiginosamente desde o ano de 2016, quando houve 929 mortes até o ano de 2020, ano em que esse número cresceu para 1.350. Outrossim, conforme o “Atlas da Violência” divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), “a análise dos últimos onze anos indica que, enquanto os homicídios de mulheres nas residências cresceram 10,6% entre 2009 e 2019, os assassinatos fora das residências apresentaram redução de 20,6% no mesmo período, indicando um provável crescimento da violência doméstica”⁷.

Importante destacar, ainda, que embora pareça haver uma estabilização nos dados referentes ao último ano e até mesmo um declínio em algumas categorias analisadas pelos estudos citados acima, isso não significa dizer que houve uma real diminuição das taxas de violência de gênero no Brasil. Isso porque, uma vez que a maior parte dos crimes cometidos contra as mulheres necessita da presença da vítima para a instauração de uma investigação criminal, as denúncias tiveram uma queda em razão das medidas de distanciamento social impostas na quarentena decorrente da pandemia de COVID-19. Ademais, a presença do agressor em casa dificulta a realização de denúncias, seja por meio de ligação telefônica ou pelo comparecimento às delegacias.

Assim, é possível perceber que a lógica de interpretar as inovações legislativas como garantia de proteção às mulheres incide no erro de encarar o Direito Penal como uma entidade que protege efetivamente bens jurídicos e que possui a capacidade de coibir, por si só, a prática de crimes, quando a realidade se mostra diferente. A crença de uma sociedade punitivista, na qual o Direito Penal é utilizado como política pública e visto como o modelo adequado para conter a violência de gênero, não é correta. Em realidade, o que ocorre é que uma falsa sensação de segurança é repassada à sociedade, sendo que, a longo prazo, a ineficácia do Direito Penal para conter a criminalidade apenas incita a descrença no ordenamento jurídico.

Além disso, deve-se considerar que o Direito Penal é subsidiário, de modo que apenas deve ser aplicado quando os demais ramos do direito não forem eficazes na solução do problema verificado. Uma interpretação diversa é contrária aos princípios impostos pela Constituição Federal e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

6 Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

7 Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/215/atlas-da-violencia-2021-policy-brief>. Acesso em: 24 out. 2021.

Outrossim, a repressão penal desacompanhada de políticas públicas direcionadas ao combate do machismo presente na sociedade, tais como o desenvolvimento de campanhas de prevenção e conscientização da violência contra a mulher e medidas de redução das desigualdades entre os gêneros, apenas impõe um viés simbólico do Direito Penal, ao passo que deixa de enfrentar a verdadeira raiz do problema. Neste sentido, é necessário destacar que:

[...] a limitação do debate a esses termos – crime e pena afliativa, de preferência prisão – exclui de saída uma série de mecanismos de prevenção potencialmente mais interessantes e eficazes e impede que avancemos na construção de políticas públicas. E o que é pior: se avançarmos o nosso olhar sociológico para levar em consideração os efeitos concretos da centralidade da prisão no debate sobre prevenção, veremos que seus resultados são ainda mais catastróficos, especialmente se o que se quer é diminuir a violência. (SILVA; RODRIGUEZ, 2013, p. 345)

O cometimento de crimes contra a mulher são a ponta do *iceberg*. Apenas demonstram a falha dos demais mecanismos de prevenção da violência e de assistência às possíveis vítimas. Diante disso, é possível concluir que a mera criminalização ou a adoção de interpretações expansivas do texto legal em matéria criminal não são capazes de alterar a estrutura da sociedade e de proteger a mulher efetivamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objetivo a análise crítica acerca da forma como o Direito Penal tem sido utilizado para a contenção dos delitos sexuais, considerando-se a necessidade de observância dos princípios constitucionais, que impõem um Direito Penal mínimo e garantista, em contraposição à necessidade de dar visibilidade às diversas formas de violência sexual.

Frente às novas visões sobre o conceito de liberdade sexual e à menor tolerância da sociedade diante de crimes que configuram violência de gênero, o legislador se vê na posição de dar uma resposta que satisfaça a população quando esse tipo de violência ocorre. Assim, nos últimos anos, têm surgido novos crimes que visam proteger as vítimas de qualquer ofensa à liberdade sexual, como pode ser observado pela criação do crime de importunação sexual. Além disso, têm-se consolidado interpretações cada vez mais punitivistas dos crimes já existentes, como ocorre com o entendimento acerca da prescindibilidade de contato físico entre autor e vítima nos crimes sexuais, que permite a consumação desses delitos até mesmo no ambiente virtual.

Essa nova tendência é problemática por vários motivos. Primeiramente, a criação de novas leis não é suficiente para a contenção da violência. Tratando-se da violência de gênero, essa dificuldade é ainda mais contundente, haja vista ser um tipo de violência normalizada pela sociedade em razão do machismo. Diante disso, sua erradicação apenas poderá ocorrer quando houver mudanças estruturais na dinâmica social entre os gêneros, papel que o Direito Penal é desqualificado para exercer.

Em segundo lugar, a adoção de interpretações expansivas, quando os tipos penais não trazem explicitamente as condutas que visam coibir, fere o Estado Democrático de Direito, na medida em que desrespeita os princípios constitucionais que regem o Direito Penal. Esses princípios têm a função de limitar o poder de punir do Estado, de modo que sua violação enseje a aplicação de um Direito Penal autoritário e antidemocrático.

Ademais, a prescindibilidade de contato entre vítima e agressor para consumação dos crimes sexuais, na prática, pode resultar na aplicação de penas desproporcionais ao fato efetivamente praticado, dada a dificuldade probatória nestes casos, que não deixam vestígios. A solução encontrada pelos juristas tem sido a maior relevância dada à palavra da vítima. Contudo, a prova testemunhal possui grande fragilidade, dada a interferência da subjetividade do indivíduo e a possibilidade de instauração de memórias falsas. Outrossim, deve-se considerar que, independentemente da dificuldade probatória no caso concreto, o acusado apenas pode ser

condenado diante da existência de provas suficientes acerca da consumação do delito, de modo que a existência de meros indícios não pode ser utilizada para formação do convencimento do julgador.

Por fim, é importante destacar que o presente trabalho não teve por finalidade enfraquecer os mecanismos de proteção às vítimas de crimes sexuais ou dar menor importância às diversas formas de violência de gênero. O que se pretendeu foi destacar a importância de combinar esses mecanismos aos princípios constitucionais e, conseqüentemente, ao Direito Penal Garantista, além de destacar a insuficiência desse ramo do Direito para promover transformações sociais, como a que deve ocorrer para a erradicação da violência de gênero. Ter essa compreensão é indispensável para que sejam pensados mecanismos efetivamente eficientes para a proteção das vítimas dos crimes sexuais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus nº 478.310 - PA (2018/0297641-8)**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802976418&dt_publicacao=18/02/2021. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora**. Disponível em: https://www.academia.edu/6160846/DOS_CRIMES_CONTRA_A_DIGNIDADE_SEXUAL. Acesso em: 04 out. 2021.

CRESCE o uso de Internet durante a pandemia e número de usuários no Brasil chega a 152 milhões, é o que aponta pesquisa do Cetic.br. **Cetic.br**, 2021. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>. Acesso em: 14 out. 2021.

DENÚNCIAS de pornografia infantil cresceram 33,45% em 2021, aponta a Safernet Brasil. **Safernet**, 2021. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-pornografia-infantil-cresceram-3345-em-2021-aponta-safernet-brasil#>. Acesso em: 18 mai. 2021.

DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista JurisFIB**, Bauru, v. 4, ano 4. p. 291-310, dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/176/160>. Acesso em: 9 out. 2021.

FABBRINI, Renato N; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial: arts. 1221 a 234-B do CP**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FABBRINI, Renato N; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal 1: parte geral arts. 1º a 120 do CP**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LIMA, Alberto Jorge C. de B. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Renata. O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira? **BBC News Brasil**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869>. Acesso em: 17 mai. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 48/95**. Código Penal. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/73474071/diploma/indice>. Acesso em: 24 out. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRIMEIRA prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí. **Boletim Jurídico**, 2017. Disponível em: <http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. A evolução da tutela jurídica dos delitos previstos no Título VI do Código Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20647/a-evolucao-da-tutela-juridica-dos-delitos-previstos-no-titulo-vi-do-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 15 mai. 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Ederson Luiz Reis dos Santos. Fenômenos criminológicos decorrentes da pandemia covid-19. **Revista Jus Navigandi**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84677/fenomenos-criminologicos-decorrentes-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 mai. 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 15, n. 2, jul./dez. 1990.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova testemunhal e processo penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das *falsas memórias*.**

SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica.** 1. ed. São Paulo: Saraivajur, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones. **Revista Derecho**, 3. ed., ano 2, p. 23-40, dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.unap.edu.pe/rd/index.php/rd/article/view/15/15>. Acesso em: 18 mai. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 14. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.