

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II**

**JONATHAN BARROS VITA**

**RENATO DURO DIAS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

G326

Gênero, sexualidade e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jonathan Barros Vita, Renato Duro Dias – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-544-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Discriminação.
3. Exclusão de gênero.
4. Movimento feminista XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

---

### **Apresentação**

Este Grupo de Trabalho recentemente proposto pelas/o professor/as Silvana Beline Tavares (UFG), Cecília Caballero Lois (UFRJ) e Renato Duro Dias (FURG) tem como objetivo discutir gênero e sexualidades em uma perspectiva crítica e historicamente situada.

Em um momento em que a sociedade sofre com as opressões e os sistemas de desigualdade de gênero é fundamental lançar mão de novos paradigmas epistemológicos, especialmente dos estudos culturais, marxistas, decoloniais e foucaultianos, procurando estabelecer um constante diálogo interdisciplinar no campo do direito.

O GT Gênero, Sexualidade e Direito II, do CONPEDI São Luís/MA, coordenado pelos Professores Doutores Renato Duro Dias (FURG) e Jonathan Barros Vita (UNIMAR), foi organizado em quatro blocos de modo a articular as temáticas pertinentes, aproveitando as interfaces apresentadas nos trabalhos.

### BLOCO 1 - Teoria feminista e gênero

CONEXÕES ENTRE FOUCAULT E GÊNERO: UM ENSAIO SOBRE ESTUDOS FEMINISTAS - Gilda Diniz Dos Santos , Gabriela Maia Rebouças

TEORIA POLÍTICA FEMINISTA SUL-GLOBAL: PERSPECTIVAS DO FEMINISMO TRANSNACIONAL PARA UMA TRANSPOSIÇÃO EPISTEMOLÓGICA RUMO À ALTERIDADE E À IGUALDADE SUBSTANCIAL. - Paula Camila Veiga Ferreira , Roberto Henrique Pôrto Nogueira

DESIGUALDADE DE GÊNERO ENTRE HOMENS E MULHERES: REFLEXÕES SOBRE O FASCISMO E O GOLPE DE 2016.- Clarice Paiva Morais

MATERNIDADE E BIOPOLÍTICA: AS IMBRICAÇÕES ENTRE BIO REGULAMENTAÇÃO DO ESTADO E DESIGUALDADE DE GÊNERO MANIFESTADA NOS INSTITUTOS DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE BRASILEIRA - Anna Caroline Ferreira Lisboa

### BLOCO 2 - Gênero e relações de trabalho

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO: PERSPECTIVAS A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E AUTONOMIA DAS MULHERES.-  
Jonathan Barros Vita , Patrícia Silva de Almeida

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO FERRAMENTA PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE ENTRE GÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO -  
Sâmya Santana Santos , Liziane Paixao Silva Oliveira

AS MULHERES COMBATENTES E A INDIFERENÇA NO EXÉRCITO BRASILEIRO: DO PATRIARCADO AO RECONHECIMENTO DAS DIFERENÇAS E DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES - Janiquele Wilmsen , Josiane Petry Faria

BLOCO 3 - Gênero e violência

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: MARIAS, ALICES E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO – Raquel Fabiana Lopes Sparemberger , Vanessa Pedroso Coelho

A TUTELA JURÍDICO-PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER E O BEM JURÍDICO CRÍTICO AO INTÉRPRETE – Bruna Marcelle Cancio Bomfim

A CLÍNICA DE ATENÇÃO À VIOLÊNCIA (CAV) COMO UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES - Josilene Barbosa Aboim

O HOMICÍDIO DO GÊNERO FEMININO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO - Kelly de Souza Barbosa , Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

TRÁFICO DE DROGAS E MULHERES INVISÍVEIS: DISCUSSÕES DE GÊNERO A PARTIR DO HC 118.533/MS DO STF - Taina Ferreira e Ferreira

ESTUPRO DE GUERRA: O SENTIDO DA VIOLAÇÃO DOS CORPOS PARA O DIREITO PENAL INTERNACIONAL - Kennya Regyna Mesquita Passos , Federico Losurdo

BLOCO 4 - Sexualidades

A ESCOLA COMO LOCUS DO DEBATE DAS QUESTÕES DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI “ESCOLA SEM PARTIDO” - Fabrício Veiga Costa , Mariel Rodrigues Pelet

O DISCURSO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” E A CONSEQUENTE PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL - Thiago Hanney Medeiros de Souza

“VIVER E NÃO TER A VERGONHA DE SER FELIZ” – IDENTIDADE TRANSEXUAL FRENTE À PROTEÇÃO JURÍDICA DA FELICIDADE – Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa , Vladimir Oliveira da Silveira

NOME SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DAS TRAVESTIS - Leandra Chaves Tiago

PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE TRANSEXUAIS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA - Eduarda Celino Rodrigues

Esperamos que estes estudos produzam potentes reflexões, capazes de transformar o contexto acadêmico e social num espaço justo e solidário.

Coordenadores:

Prof. Dr. Renato Duro Dias - FURG

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

## **A TUTELA JURÍDICO-PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER E O BEM JURÍDICO CRÍTICO AO INTÉRPRETE**

### **THE PROTECTION OF CRIMINAL LAW ON THE SEXUAL DIGNITY OF WOMEN AND THE JURIDICAL ASSET AS A LIMIT TO THE INTERPRETER**

**Bruna Marcelle Cancio Bomfim <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

Esse trabalho, em um recorte de gênero trazido pelas teorias feministas, traça um panorama da legislação criminal brasileira sobre violências sexuais à concretização da tutela da dignidade sexual como bem jurídico penal, visto como uma conquista da autonomia da mulher no âmbito da sexualidade. Em seguida, se analisará a função do direito penal e do seu objeto de tutela, propondo a construção de uma operacionalização do bem jurídico como crítica ao intérprete, para evitar interpretações moralistas do comportamento da mulher vítima nos casos sentenciados pelo Judiciário, em evidente negação ao exercício regular do direito à liberdade sexual da mulher.

**Palavras-chave:** Crimes sexuais, Dignidade sexual, Feminismo, Gênero, Bem jurídico

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work, based on a gender approach of feminist theories, traces a history of the Brazilian criminal legislation on sexual violence up until realization of the protection of the sexual dignity as a juridical asset, seen as an achievement of the autonomy of women in the scope of sexuality. The function of criminal law and its object of protection will be analyzed, proposing the construction of an operationalization of the juridical asset as a limit to the interpreter, in order to avoid moralistic interpretations of the behavior of women, in denial to the exercise of their right to sexual liberty.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Sexual offenses, Sexual dignity, Feminism, Gender, Juridical asset

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica de Salvador. Advogada. Professora de Direito Penal.

## INTRODUÇÃO

A grande questão da humanidade ainda é a questão feminina. O século XIX revelou ao mundo um organizado e bem letrado movimento de direitos civis das mulheres que era apenas reflexo de uma luta de séculos que foi escamoteada pelo discurso de poder eminentemente masculino, escondendo as *subversivas* sob a alcunha de bruxas, pagãs ou hereges.

O movimento feminista que eclodiu inicialmente na Inglaterra (PINTO, 2015) trazia consigo uma classe de mulheres letradas e que produziram, ao longo de suas demandas políticas, conhecimento acerca do próprio contexto de opressão que sofriam, que hoje aglomeramos na chamada teoria feminista.

Em meados da década de 1960, após o surgimento da pílula anticoncepcional, associou-se à luta dos direitos civis pela liberdade reprodutiva e sexual da mulher, uma demanda no âmbito do Direito Penal, que envolvia a descriminalização do aborto e as denúncias de violência perpetrada pelos homens, na qual se buscava o reforço e efetividade da punição criminal.

Paralelo a esse contexto, também começaram a eclodir os estudos das ciências sociais sobre as vítimas, nas quais as estatísticas sobre a mulher eram ainda invisibilizadas pelo não reconhecimento da violência doméstica e familiar no âmbito legal, eis que surgia a vitimologia, clamando por autonomia científica diante da já assentada criminologia.

O campo da dogmática penal não ficou alheio à esse contexto, voltando os olhos para o comportamento da vítima no cerne da gênese do delito, com uma postura notadamente liberal, visando a redução da esfera de imputação do crime ao agressor quando a participação do sujeito passivo representasse um afastamento do juízo de antijuridicidade ou até mesmo frustrasse pela via da exclusão da tipicidade a tutela penal<sup>1</sup>.

Esse trabalho se propõe a, em princípio, traçar um panorama da legislação criminal brasileira que criminaliza as condutas desviantes de cunho sexual, desde o Código Criminal do Império, de 1830, passando pelo paradigma democrático da Constituição de 1988, sob a égide do qual houve duas reformas legislativas consideráveis nessa temática, na qual se

---

<sup>1</sup> Pensamento trazido principalmente por Schunemann (2013)

concretizou a tutela da liberdade sexual como corolário de uma dignidade sexual positivada como bem jurídico penal.

Não se olvida a expressa opção pela leitura de gênero que enlaça toda a pesquisa aqui desenvolvida, em defesa do argumento que a proteção da liberdade sexual sob o cunho da dignidade é uma conquista feminina, pois a História e as Ciências revelam, em evidências documentais e discursivas, ainda que feitas por uma análise superficial, que ao homem<sup>2</sup> nunca foi negada tal fruição.

O exercício da liberdade sexual digna é encarado, é preciso falar, sob a égide da autonomia da mulher, encarada como aquilo que faz dela “capaz de determinar seu modo de organização e as regras às quais se submete, ou seja, só se revela e realiza no domínio mesmo da ação livre” (MINAHIM, 2015, p. 28)

Em seguida, far-se-á um estudo da função do direito penal e da teoria do bem jurídico, a qual a legislação e a doutrina do Direito Penal brasileiro majoritariamente aderem, para que se conceitue apropriadamente, adiante, a liberdade sexual digna como tal.

Chega-se, então, à construção da proposta de, apropriando-se, em parte, do argumento *roxiniano* por uma operacionalização do bem jurídico como crítica ao legislador, levando a ideia ao campo da interpretação do direito, tida, também, como um processo de criminalização e de manifestação, portanto, do *jus puniendi* estatal.

Defende-se tal posicionamento apenas com vistas à possibilitar a real fruição da liberdade sexual digna pela mulher, tão reprimido ao longo dos tempos, como se verá nas doutrinas e códigos penais analisados, e que, sob o marco constitucional de 1988, não mais pode ser restringindo em respeito à sua autonomia.

Para consecução do proposto, o trabalho foi realizado em forma de revisão de leitura, apresentando ainda uma análise crítica da doutrina nacional e estrangeira sobre os temas abordados.

## **1 A TUTELA PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL NO BRASIL: UMA RETROSPECTIVA**

---

<sup>2</sup> Para não incorrer em sexismo, que desvirtua o propósito igualitário das lutas feministas, a qual me afilio, é de se perceber que a fruição da liberdade sexual digna nunca foi negada ao homem, *cis* (aquele que se identifica culturalmente com as padrões impostos ao seu sexo biológico) e heterossexual, cruzando, nessa inferência, os dispositivos de sexo biológico, gênero e de orientação sexual.



Desde a primeira legislação criminal propriamente brasileira há previsão de crimes relativos à violações e violências operadas no âmbito das condutas sexuais. Ocorre que, ao longo dos tempos, esses tipos penais passaram por uma série de alterações. Denota-se que a forma de positivação dessas reprimendas penais notadamente refletiam a moralidade social acerca do comportamento da mulher, como se pode observar nas mudanças de denominação dadas ao objeto jurídico da tutela penal, em especial quando se observa o crime de estupro.

Outrossim, o realce dado ao gênero feminino não é feito ao acaso, pois apenas recentemente o tipo penal de estupro, por exemplo, passou a ser um crime bi-comum, indiferente ao gênero do sujeito passivo, que historicamente era restrito à vitimização da mulher. Sendo assim, a dignidade sexual positivada como um título próprio do Código Penal se revela como uma conquista da proteção penal da mulher e de sua sexualidade, reconhecidamente vulnerável no bojo da sociedade fundada no patriarcado e na opressão de gênero. Desta forma, esses processos de mudanças serão abordados a partir de uma leitura jurídica sobre a questão de gênero.

### *1.1 Da proteção da honra do homem e da família à tutela dos costumes*

As normas penais brasileiras, desde o Código Criminal do Império, tutelavam especificamente a “honra”, corporificada na mulher, mas vista como um bem jurídico titularizado pelo marido ou pela família, não como um atributo moral de caráter personalíssimo da mulher, essa honra não lhe pertencia, portanto. A honra da mulher, na verdade, não lhe pertencia, sendo apenas um mediador do equilíbrio entre casamento e família, as duas instituições sociais básicas (FAUSTO, 1984, p. 175)

No Código Criminal do Império, datado de 16 de dezembro de 1930, sob a incumbência de tutelar a segurança da honra, havia a tipificação de uma série de condutas em que se variava a intensidade da punição com respeito, notoriamente, à virgindade, idade, violência empregada ou mesmo ao estado conjugal da vítima, que era exclusivamente a pessoa de sexo feminino.

A pena mais grave era a prisão de três a doze anos cumulada com o pagamento de dote à ofendida pela prática de cópula carnal com qualquer mulher honesta<sup>3</sup>, através do emprego de de violência ou ameaças. Ademais, extinguiu-se indistintamente a punibilidade dos tipos previstos, exceto se o agressor fosse impedido de casar com a vítima por lei<sup>4</sup> (BRASIL, 1830).

Instaurada a forma de governo republicana, o Brasil assistiu à elaboração de um novo Código Penal, que ganhou vigência através do Decreto 847 de 11 de outubro de 1890. A proteção às condutas criminais de cunho sexual estavam, agora, sob o título ampliado “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor, que dividia-se em cinco capítulos.

As penas foram, em geral, reduzidas com relação às normas revogadas, tendo em vista que reservava ao crime de estupro a prisão celular pelo período de um a seis anos, mas, curiosamente, houve a tipificação do crime de atentado violento ao pudor<sup>5</sup>, cometido sem distinção quanto ao sexo biológico da vítima, com pena equiparada àquele.

Quando às condutas e aos bens jurídicos tutelados relativos à mulher enquanto vítima, contudo, a mudança foi tímida em geral, mantendo a expressão da “mulher honesta” e a extinção da punibilidade pelo casamento. Nota-se, todavia, a inclusão de um artigo específico para expressar que o crime de estupro não exige, para sua configuração, a virgindade da mulher, pondo fim a discussões doutrinárias e jurisprudenciais do período<sup>6</sup>.

Hungria (1981, pp. 103-104) destaca que, em comparação com as normas penais anteriores, tomando como referência as Ordenações Filipinas que cominava pena de morte ao homem que à força dormisse<sup>7</sup> com qualquer mulher, houve um progressivo abrandamento da reprovação, algo que refletia uma possível evolução social.

Para Boris Fausto (1984), contudo, as baixas penas cominadas aos crimes sexuais, por sua vez, revelavam que essas condutas delituosas não mais representavam considerável ameaça à estabilidade das instituições família e casamento, pois a violência empregada, física

---

<sup>3</sup> Artigo 222. mulher desonesta

<sup>4</sup> Tipo inscrito no artigo 221, In: BRASIL. *Código Criminal do Império do Brazil*. Lei nº 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 05 abr 2017.

<sup>5</sup> Ainda sem esse *nomens juris*, mas que ele se deduz pela leitura do tipo do artigo 266.

<sup>6</sup> Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. In: BRASIL, BRASIL. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 abr 2017.

<sup>7</sup> A expressão “dormir”, aqui, equivale à prática de ato sexual

ou psicologicamente, para fins sexuais era apenas mais brandamente do que a apropriação de bens materiais por meio de simples violência à coisa:

A redução das penas cominadas aos delitos sexuais veio adaptar-se a uma sociedade onde a família regular, sacramentada pela Igreja e depois pelo Estado, era minoritária e onde se entrecruzavam os valores da pureza das mulheres e da condescendência para com o desregramento masculino (1984, p. 177)

O tempo transcorreu e a sociedade mudou, conseqüentemente, também se alteraram os padrões de relacionamento afetivo e a lógica da estrutura familiar. O novo Código Penal de 1940, que passou a nomear os crimes sexuais pela proteção aos costumes, trazia consigo fortes indícios dessas transformações (BRASIL, 1940).

A tutela dos costumes, disse Hungria (1981, p. 77), representava uma evolução de um Estado Laico, afastado da moralidade teológica, pois somente aos fatos reprovados pela ética sexual que afrontassem a disciplina, utilidade e conveniência sociais, é que o Direito Penal emprestava o seu poder coercitivo. Restritivamente, a rubrica “costumes” significava, para o penalista:

(...) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, in subjecta materia, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência sexual em torno dos fatos sexuais (p. 93)

Assim, pois, interpretando a legislação penal à época, Hungria (1981) elevou o pudor ao principal objeto de proteção daquele título, sendo a norma central do código da dignidade humana da ética sexual. Este, com a evolução social, passou a ser visto como um “complexo sentimento concernente a toda a conduta do indivíduo sob o prisma sexual” (p. 81), exercendo uma ação preventiva ou de resistência contra os desvios viciosos que desorientam a ordem, quase que sacralizada, das conveniências e interesses sociais.

Centrado na ideia de proteção aos costumes, os comportamentos de violação da liberdade sexual<sup>8</sup> eram exaustivamente interpretados em desfavor da vítima mulher, visando antes uma ordenação de sua conduta em relação à sexualidade do que propriamente uma reprovação da criminalidade sexual perpetrada pelos indivíduos do sexo masculino.

---

<sup>8</sup> Pois já se trazia esse nome no primeiro capítulo integrante do referido título.

Denota-se tal análise da simples leitura das palavras de Hungria acerca do dissenso da vítima no bojo de tais crimes:

O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. (...) É preciso que a vítima não adira, liberter, em momento algum, à lascívia do sujeito ativo. (pp. 107-108)

Caberia, nesses termos, inexoravelmente à mulher a defesa da própria honra, que deveria esquivar-se e resistir ativamente à tentativa de cópula violenta empregada contra ela, até mesmo porque a constatação de tal resistência servia de contraprova da violência exercida pelo autor do fato (HUNGRIA, 1981, p. 109), isso porque, na ausência de tais indícios contundentes, a palavra da mulher era desacreditada, afirmando o penalista que “as declarações da violentada deveriam ser recebidas com a máxima desconfiança” (p. 117).

Não se pode dizer se por “ato falho”, mas na mesma medida em que Nelson Hungria (1981, p. 117) alertava que “em matéria de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são frequentes as acusações falsas, notadamente por parte das mulheres históricas ou neuropáticas”, defendia a validade da confissão do acusado – homem, portanto – para, por exemplo, configurar a elementar de grave ameaça empreendida para coagir à violência sexual.

Com relação à possibilidade do marido cometer os crimes sexuais em face da esposa, a doutrina se manteve firme na negação, pois ao estupro apenas se associa à cópula ilícita, ou seja, fora do casamento, pois na constância da relação conjugal trata-se de um dever recíproco do casal. Ademais, manteve-se a extinção da punibilidade pelo casamento.

Justifica-se tais interpretações, por sua vez, em razão da proteção recair nos costumes, como descrito, afinal ao Direito Penal caberia apenas a repressão dos fatos que importassem expressiva gravidade, ou seja, em “lesão de positivos interesses do indivíduo, da família e da comunhão civil, como sejam o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-social, a moral pública sob o ponto de vista sexual” (HUNGRIA, 1981, p. 77).

## *1.2 As reformas introduzidas pelas leis 11.106 de 2005 e lei 12.015 de 2009: A proteção à dignidade sexual*

Transcorridos aproximadamente sessenta e cinco anos desde a última modificação legislativa no âmbito dos crimes de natureza sexual, chegou-se ao ano de 2005, em que a alteração de diversos dispositivos do Código Penal vigente, através da lei 11.106, provocou notórias profundas alterações no Título VI deste diploma.

Analisando a legislação citada, até então vigente, Vera Regina Pereira de Andrade (2005, p. 90) sinalizava a existência de uma ideologia patriarcal que atravessava todas as suas disposições, pois os tipos penais demandavam que atributos às vítimas mulheres, em especial a honestidade, fazendo, à sua crítica:

seleções binárias, existindo vítimas honestas e prostitutas (expressão na clientela prisional), as quais, junto com o estuprador, simbolizam aquele ponto nevrálgico de junção entre o capitalismo e o patriarcado que a família patriarcal não pode suportar. Prostitutas e estupradores, ao profanarem a monogamia sobre o interdito dos vários leitos, violam a um só tempo a regularidade do espaço privado e público – a unidade familiar e sucessória.

Com a nova lei, a princípio, foram suprimidas todas as disposições do Capítulo III, descriminalizando (e praticamente extipando, verdadeiramente, a mulher “honesta” do discurso penal criminalizador – ou vitimizador) as condutas de rapto, revogando, em sequência, a tipificação do delito de “sedução” o que, segundo Bittencourt (2012, p. 1625), tratava-se de antiga reivindicação da doutrina e da jurisprudência pátria. No Capítulo V, se ampliou a abrangência da sujeição passiva dos tipos penais envolvendo tráfico de pessoas (que antes apenas vitimizava mulheres), demonstrando uma tendência que seria mais evidente alguns anos depois, na reforma seguinte, que será abaixo tratada.

Todavia, a alteração mais substancial promovida por essa lei foi a revogação da causa de extinção de punibilidade dos crimes sexuais<sup>9</sup> pelo casamento. A manutenção dessa causa de extinção de punibilidade por um período de cento e setenta e cinco anos<sup>10</sup> denunciava, escancaradamente, que a proteção penal se dava dentro de um âmbito de

---

<sup>9</sup> Especificamente aqueles previstos nos capítulos I a III do Título VI, que ainda tinha a denominação de crimes contra os costumes ao tempo dessa mudança.

<sup>10</sup> Computando-se como início o Código Criminal do Império, de 1830.

moralidade notadamente masculina e heteronormativa, consolidando uma espécie de perdão social ao agressor que desposasse sua vítima, ou seja, um ato de violência passava a ser ignorado solenemente pelo Direito pela formação da relação de conjugalidade.

Em 2009, a lei 12.015, de forma mais expressiva deu o nome “dos crimes contra a dignidade sexual” ao Título VI do Código Penal, acabando, ao menos formalmente, com a ideia de proteção da moralidade púdica<sup>11</sup>. Bittencourt, comentando a mudança, menciona que houve a possibilidade de realizar essa alteração anteriormente, na esteira de outras reformas no Direito Penal estrangeiro<sup>12</sup>.

A partir dessa mudança, de especial relevância em termos de posituação das conquistas dos movimentos feministas, a Dignidade sexual se ligava ao termo “liberdade sexual” que, até então intitulando o Capítulo I, se encontrava inadequado à proteção dos costumes desde a promulgação da Constituição de 1988, que inaugurou um regime democrático, livre e plural. Isso porque, a Dignidade sexual abria caminhos para a nova interpretação da liberdade sexual como direito de escolha de parceiros (BITTENCOURT, 2002), condutas e vontades; privilegiando tal exercício como um atributo da própria personalidade do ser humano, em específico da mulher, pois apenas a esse gênero eram negadas tais fruições.

## **2 O DIREITO PENAL E A FUNÇÃO DE PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS**

O Direito Penal é o ramo jurídico ao qual é dado o mais expressivo poder diante das garantias do cidadão. Em sua esfera encontra-se, por excelência, a autorização para o uso legítimo da força em sua mais extremada acepção: a depender do ordenamento jurídico, até mesmo a vida pode ser subtraída por meio de comandos normativos de natureza jurídico-criminal.

Detendo tamanho arsenal de poder, deve por consequência lógica e ética delimitar com precisão as suas razões e limites, merecendo especial atenção a função que visa atender dentro de todo o sistema, sob pena de ceder espaço para arbitrariedade e tiranias. Assim, antes de discutir o objetivo por trás da proteção da dignidade sexual da mulher, necessário incorrer

---

<sup>11</sup> O termo empregado diz respeito à postura de Hungria que elevou o “pudor” ao núcleo de proteção dos costumes no Código Penal, posicionamento supra mencionado.

<sup>12</sup> Traz o exemplo da reforma penal espanhola de 1989.

nas perspectivas relativas ao objetivo do próprio ramo jurídico em questão, para esclarecer a adequação e possibilidades dessa tutela.

### *2.1 A missão do Direito penal*

Pode-se dizer que o Direito Penal é um ramo da Ciência do Direito que se propõe à regulação das condutas previamente definidas pelo legislador como crimes, bem como das penas e sanções a ela correspondentes. Assim, em outras palavras, é a disciplina que regula o execução do *jus puniendi*, aquele que outrora fora compreendido por Binding como um direito subjetivo do Estado (CARRIÓN, 2016).

Para Beccaria (2002), expoente da Escola Clássica do Direito Penal de meados do século XVIII, o fundamento do direito de punir<sup>13</sup> se encontra no somatório das parcelas de liberdade cedidas por cada homem para formar a soberania da nação<sup>14</sup>, cuja intenção é o gozo de maior grau de segurança provocada pelo conjunto da força, em que um ente superior aos homens individualmente considerados deve exercitar o poder por meio da construção de estruturas jurídicas que estabeleçam limites e garantias, pois, para ele:

Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 2002, p. 09)

Há, nessa opção de Beccaria, uma crença, em alguma medida, na legitimidade de um ente superior, cuja função é dar segurança e determinar os limites de sua atuação por meio da previsão de leis, conferida espontaneamente por todos aqueles seres humanos que integram a coletividade que será beneficiada pela dita atuação. O crime, então, se compreendia como uma lesão a um direito subjetivo natural das pessoas, sendo o Direito Penal o meio pelo qual este seria devidamente sancionado, a pretexto de proteção a tais direitos (CARRIÓN, 2016).

---

<sup>13</sup> Do *jus puniendi*, portanto.

<sup>14</sup> Em termos atuais, o Estado.

Anos mais tarde, o italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 167) conceituou o Direito penal como sendo uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação que se manifesta através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aqueles condenados enquanto tais.

Nessa abordagem, percebe-se a utilização da palavra “técnica”, que afasta, por exemplo, a ideia de que se deposita alguma fé, como na visão anterior, ou subjetivismo nesse exercício do poder punitivo. Ferrajoli também descreve a atuação concreta do que se espera do Direito Penal, ou seja, através de coerções e restrições, bem como enfatiza que sofrerão suas investida não apenas aqueles desviaram da conduta geral (e que foram, portanto, condenados), mas também aqueles meros suspeitos.

Ferrajoli (2002, p. 168), por sua vez, tece críticas à utilização da terminologia “funções” ou “razões” do direito penal, pois não se distingue com clareza se se referem a um sentido prescritivo ou descritivo. O sentido normativo do Direito Penal é por ele denominado “fim”, pois traduz o que deve ser perseguido pela pena a ponto de tornar justificável a existência do direito penal.

Em solo brasileiro, Assis Toledo (1994, p. 01), de forma muito interessante, introduz um dado conceito de Direito Penal sinalizando a seguinte consideração:

Quando se fala em direito penal pensa-se logo em fatos humanos classificados como delitos; pensa-se, igualmente, nos responsáveis por esses fatos – os criminosos – e, ainda, na especial forma de consequências jurídicas que lhe estão reservadas – a pena criminal e a medida de segurança.

Insta enxergar em todas essas construções, a despeito de perceber que Beccaria ainda via na proteção das pessoas pelo ente soberano superior, em alguma medida, a necessária proteção das potenciais vítimas diretas dos danos causados pelas condutas criminosas, que há uma redução do Direito Penal à uma ciência que tem como objeto o comportamento desviante (o crime) e o infrator.

O Direito, então, preceitua a realidade, refletindo tão-somente a estrutura normativa da sociedade, e mesmo assim de forma incompleta e imprecisa, pois, limita-se a descrever atos proibidos e a delinear penalidade; não tenta explicar os contextos sociais e comportamentais em que os atos ocorrem, não diz nada sobre os estilos de vida



correspondentes a esses atos e as relações destes no contexto social. (SCURO NETO, 2009, p. 199)

Vigora majoritariamente na doutrina contemporânea o entendimento de que a penalização de comportamentos, que representem desvios de conduta inseridos no âmbito do Direito criminal, exige uma legitimação diferente da que se traduz na mera discricionariedade do legislador (ROXIN, 2013, p. 11).

Assim, se percebe que a Constituição autoriza o *jus puniendi* estatal, mas nada diz sobre de onde se extrai o conteúdo da conduta punível e esta é a questão por trás do que se conhece como “conceito material de delito”. Esse conceito, em real, é um critério político criminal anterior ao Código Penal e que simplesmente indica ao Legislador o que se deve punir ou deixar impune, ou seja, o conteúdo da norma incriminadora. A descrição, portanto, do conceito material de crime deriva do papel (ou missão) do Direito penal de proteção subsidiária<sup>15</sup> de bens jurídicos (ROXIN, 1997).

Por isso, parte significativa dos doutrinadores defendem que a principal função do Direito penal moderno é a proteção de bens jurídicos. (CÂMARA, 2008, p. 51), pois, diz Hassemer (2007, p. 89) que “a lei penal protege os bens jurídicos e, sem esse seu reconhecimento, não poderíamos mais, atualmente, viver em comunidade, em conformidade com nosso entendimento social e de acordo com nossa opinião construída democraticamente”.

Sendo assim, tendo em vista a doutrina dominante<sup>16</sup> e o próprio Código Penal brasileiro, que se subdivide em títulos que refletem a intenção pela proteção de bens jurídicos<sup>17</sup>, denota-se que missão do Direito Penal como existe atualmente em nosso contexto é a de tutela de bens jurídicos, merecendo partir dessa concepção a análise do tema que aqui se desenvolve.

## 2.2 A teoria da proteção de bens jurídicos

---

<sup>15</sup> Defende, o penalista alemão, o princípio da subsidiariedade no Direito Penal, que determina que haverá outras formas de proteção dos bens jurídicos exercidas pelos demais ramos do Direito, mas que somente as ofensas mais graves serão reprimidas por meio da norma penal.

<sup>16</sup> Contrário a esse posicionamento cita-se Günther Jakobs, principal doutrinador da nominada teoria funcionalista sistêmica ou radical do Direito Penal, que entende que a missão do Direito Penal é proteger a vigência da norma jurídica.

<sup>17</sup> O que chama a doutrina nacional de Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

A doutrina sobre a tutela de bens jurídicos pelo Direito Penal foi desenvolvida, inicialmente, por Birnbaum que, em meados do século XIX, se distanciando das ideias desenvolvidas no período da ilustração<sup>18</sup>, identificou o delito não mais como uma lesão a um direito subjetivo, mas aos bens fundamentais, materiais ou não, pertencentes ao Estado. Tal teoria se insere no âmbito da teoria do delito, mais precisamente no elemento da lesividade, respondendo à questão de que o que deve ser lesionado para que um ato humano se transmute num crime é um bem jurídico, sendo essa lesão o pressuposto da punibilidade (CARRIÓN, 2016, pos<sup>19</sup>. 140).

Para Birnbaum, de posição jusnaturalista moderada, o bem jurídico, que gira em torno do ser humano, é protegido através do Direito Penal, mas é anteriormente reconhecido pelo Estado, pois não se confunde com um direito, sendo uma concepção, em verdade, metafísica. O responsável pela difusão dessa doutrina, Binding, desenvolveu, também, a sua teoria sobre o bem jurídico sustentando, por seu turno, que a norma era o eixo do sistema jurídico e a ela caberia a proteção dos bens jurídicos, vistos como tudo aquilo que o Legislador valora e reconhece como condição indispensável ao saudável desenvolvimento da vida social (CARRIÓN, 2016).

Von Lizst afirmava que os bens jurídicos eram interesses vitais anteriores às normais jurídicas, fossem pessoais ou coletivos, isso porque o Direito não o cria, apenas o eleva à condição de bem jurídico para protegê-lo em sua esfera, ainda que através da concessão de direitos subjetivos que o contenham. Assim Von Lizst, definindo-o como um conceito não puramente jurídico, não se esquivou da tarefa de dar-lhe conteúdo preciso, fazendo-o limite do exercício do direito de punir estatal, o posicionou como uma ponte de união entre o Direito Penal e a Política Criminal (CARRIÓN, 2016, pos. 211).

O pai da teoria finalista, Hans Welzel (1976, p. 15), concebeu bem jurídico como “um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por seu significado social é protegido juridicamente (...). Logo, bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”<sup>20</sup> (apud CARRIÓN, 2016, pos. 234-235).

Roxin (2013), que é tido como um dos principais defensores dessa teoria atualmente, define-os como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e

---

<sup>18</sup> Cujas principais referências foram Cesare Beccaria, cujas ideias já foram perfunctoriamente mencionadas.

<sup>19</sup> A abreviação “pos.” se refere ao termo “posição”, pois, por tratar-se de obra em formato *ebook*, a que se teve acesso através do dispositivo *Kindle*, não há a paginação tradicional. Salienta-se que ainda não há norma da ABNT regendo a citação e a referência desse tipo de material.

<sup>20</sup> Tradução livre do espanhol.

livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos” (pp. 19-20).

Para o funcionalista, a exigência de que o Direito Penal apenas protege bens jurídicos tem desempenhado um importante papel nas discussões doutrinárias e legislativas, pois, tendo em vista que somente se asseguram bens previamente dados pelo sistema, no caso pela Constituição, se deduz a exigência de uma restrição substancial da punibilidade (ROXIN, 1997, p. 52). Nessa demanda se traduz a operabilidade dos bens jurídicos ou, em suas palavras, a teoria do bem jurídico crítico com a legislação<sup>21</sup> (ROXIN, 2016). Com isso, a proteção de bens jurídicos atua no sentido de limitar tanto a atuação do legislador quanto o próprio poder punitivo do Estado (CÂMARA, 2008, p. 51).

Para Greco (2010, p. 182) a fundamentação de proteção dos bens jurídicos é considerada um recurso de uma postura liberal, pois visa a construção de critérios objetivos e afastados de uma ideia de moralização do Direito Penal, com fins de delimitar o âmbito de atuação do poder punitivo, restando à sua teoria a missão de distinguir bens jurídicos (coletivos) como falsos ou verdadeiros.

Entendendo o conceito de bem jurídico como integrante de todo o Direito, sendo reservado à esfera penal o conceito que se liga a uma situação social para a qual a norma estabelece sua proteção, em diversas esferas, Pirangeli (2001, p. 109) esclarece que deve se ter em mente que a tutela penal visa valores de ordem geral, concepções culturais dominantes, portanto, que também servem para “individualizar o valor jurídico e estabelecer a submissão do indivíduo à vontade do Estado em matéria penal”.

Essa última contribuição possui um grave defeito evidenciado pela lógica da “concepção cultural dominante”, haja vista que em um regime democrático, a proteção exclusiva das ideias dominantes, seja pela maioria quantitativa, seja pela imposição econômica, carece de legitimidade representativa. Ademais, ainda que dado país reflita em sua proteção penal essa lógica, a submissão aos preceitos de direitos humanos da ordem jurídica internacional em muitas medidas afeta a política criminal interna.

---

<sup>21</sup> Um conceito de bem jurídico como instrumento de crítica legislativa, que dá nome a um dos ensaios do mestre alemão, pode ser traduzido, mais apropriadamente, como um instrumento de limites à política de criminalização primária, expressão utilizada por Zaffaroni (et al, 2007) ao tratar do processo de criações de normas penais pelo Legislador.

### **3 A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO: UMA CONQUISTA FEMININA E UM LIMITE AO INTÉRPRETE**

Há uma centralidade ocupada pelo Direito Penal na caracterização de um ordenamento jurídico, pois no tratamento dispensado às condutas por ele reguladas se manifesta a relação entre Estado, enquanto poder público, e cidadão, enquanto detentor de sua autonomia privada. A velha disputa entre defesa social e direitos individuais (FERRAJOLI, 2002, p. 168).

O problema da justiça penal se revela como questão primordial de qualquer ordenamento jurídico, isso porque a questão da legitimidade política e moral do direito penal como técnica de controle social reflete parcela do problema da legitimidade do próprio Estado, visto como ente detentor exclusivo do uso organizado da força para restrição à liberdade do cidadão (FERRAJOLI, 2002, p. 200)

Disso decorre um enfraquecimento das perspectivas individuais face ao Direito Penal quando se quer ter em conta os interesses daqueles que sofreram diretamente as consequências provocadas pela conduta criminosa, em contraposição ao fortalecimento de um discurso *pro societate*, no qual se percebe uma abordagem deontológica na construção de uma sociedade ideal que protege mais do que indivíduos, mas valores e interesses ideais. A construção, a partir dessa ideia, de uma perspectiva de justiça útil aos anseios do grupo é fortalecida, valendo sua defesa a qualquer custo.

Por conta disso, o sistema penal está, há algum tempo, refletido nesse embate entre os custos da justiça e os custos da injustiça que produz e, desta maneira, não consegue mais se sustentar pelo parco discurso de que haveria, hipoteticamente, custos maiores a serem arcados pela sociedade numa eventual ausência do direito penal (FERRAJOLI, 2002, p. 168).

Relevante, nesse momento, esclarecer que parte desse desequilíbrio de custos também corresponde à compreensão conceitual do que se compreende por crime e pela função do próprio Direito Penal. Isso se dá porque a partir do instante em que há um descolamento do bem jurídico protegido da própria pessoa que o detém (e que sofre diretamente pelos danos a ele causado), a responsabilidade pelos custos da (in)justiça passa a recair toda sobre o ente soberano, o Estado.

Essa pontuação é importante para destacar que, a despeito dessa orientação do Direito Penal, não se pode descolar a compreensão da dignidade sexual como bem jurídico,

que aqui se defende a partir de uma perspectiva do gênero feminino, da proteção da liberdade sexual da mulher no âmbito jurídico-criminal.

Os crimes sexuais contra as mulheres, por definição, se assentavam, em especial, no pressuposto da desigualdade entre os sexos e o controle da sexualidade feminina através das instituições e do casamento, pois a mulher era encarada como dotada de “um corpo e de uma mente inferiores, sujeita ao assalto masculino”, cujos limites a lei vem traçar (FAUSTO, 1984, p. 174)

Nada ilustrava tão bem, por exemplo, os objetivos da proteção jurídico-penal dada à mulher pela tipificação dos crimes sexuais quanto o ponto de vista defendido pela doutrina e jurisprudência, à época (e até hoje, por alguns), de que o marido não poderia ser acusado de estupro ou de qualquer forma de violência que constrangesse a esposa à “prestação sexual normal”, pois era considerada lícita a violência dispendida para fruir regularmente o exercício de um direito.

O marco constitucional democrático de 1988, destarte, que antecedeu as principais reformas no Título VI do Código Penal, já mencionadas, dando-lhe diretrizes e contornos, que a redemocratização operada no Brasil na década de 1980 assistiu a uma efervescência da luta feminista, que teve como uma das principais vitórias a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM) e que promoveu, em parceria com outros grupos do movimento, uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na Carta constitucional que estava sendo elaborada, esforço que resultou na Constituição Federal de 1988 que traz um rol extenso de garantias de Dignidade, Igualdade e Liberdade para a mulher (PINTO, 2010).

Diante de todo esse contexto, evidencia-se que a tutela penal da dignidade sexual, em seus múltiplos desdobramentos, mas especialmente no tocante à liberdade sexual, foi uma conquista da mulher e para a mulher, enquanto gênero, tendo em vista que ao masculino esses atributos nunca foram negados, ainda que a lei tenha ampliado a subjetividade passiva dos crimes dessa natureza com a inclusão da possibilidade de vitimizar o homem, essa alteração apenas se adequou à lógica da igualdade pregada constitucionalmente, mas não afasta o argumento da conquista feminina e feminista no âmbito jurídico.

A dignidade sexual, então, como bem jurídico que é, não apenas em razão da positivação da nomenclatura no Código Penal, mas pelo exercício regular do direito que o envolve, atravessa a não prolífica discussão sobre a disponibilidade ou não de seu exercício,

com fins de análise sobre a legitimidade da sua concessão pelo consentimento ou por outros institutos afeitos à teoria da imputação objetiva.

Não prolífica porque, a despeito de prevalecer a distinção na doutrina ora a partir do critério de ‘balanceamento de interesses’, ora tendo em vista a ‘utilidade social do bem’ ou mesmo optando pelo critério extraído do direito processual (PIERANGELI, 2001), em termos de dignidade sexual da mulher, notadamente manifestada pela via do exercício da liberdade sexual, o consentimento é inerente a um processo individual de escolha, ou seja, manifestação indiscutível de sua autonomia.

Discutir sobre a disponibilidade desse bem recairia no velho discurso sobre o controle das escolhas da mulher, daí porque, nesse particular, não se abre espaço para essa discussão.

A esse respeito, mas localizada num discurso sobre o Direito Penal português, Isabel Ventura (2015, p. 75) discorre que:

A evolução da gestão do consentimento nos crimes sexuais revela uma colagem a estereótipos de género relacionados com a ideia da malícia feminina e com o carácter predatório masculino. Adicionalmente, a desconfiança e medo da palavra das mulheres articulam-se com a ideia de que o corpo delas não lhes pertence integralmente.

Por sua vez, é indispensável recorrer aos ensinamentos de Roxin (2016) sobre a operacionalização do bem jurídico como uma crítica ao legislador, traçando-lhes limites de atuação no âmbito da produção legislativa em matéria penal, que instrumentaliza o *jus puniendi* e, assim, manifesta o exercício de um poder, que deve, por sua própria essência, ser contido para que não seja alvo de abusos.

Nesse estudo, todavia, a operacionalização da dignidade sexual como bem jurídico será empregada também como limite ao intérprete que, diante do caso concreto penal, se tendência a interpretar a conduta da vítima em seu desfavor, seja utilizando seu comportamento como circunstância apta a reduzir a pena e, conseqüentemente, a reprovabilidade da agressão, seja se valendo dele para instrumentalizar uma possível frustração da tutela penal, por meio de institutos indevidamente importados do direito comparado como a autocolocação em perigo dolosa.

A interpretação da norma penal também revela um processo de criminalização de condutas. Sendo assim, não apenas da criação de novas leis, mas também do processo interpretativo se observam manifestações do poder de punir estatal. O caso concreto, em si mesmo, tem o condão de ditar certos contornos à interpretação, mas também o fazem a dogmática através da teoria do delito, da qual o conceito de bem jurídico é expressão do elemento lesividade, integrante da tipicidade.

Segundo Bittencourt (2012, p. 1626), na mesma linha de raciocínio:

(...) não há dúvidas de que a liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também, quando, onde e como exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal.

Contudo, impõe que se destaque que não mais é a dita “moral sexual” o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas sim os específicos bens jurídicos identificados em cada tipo penal, sob pena de converter-se, em evidente retrocesso, o Direito Penal em instrumento ideológico (BITTENCOURT, 2012, p. 1627).

Não se nega a importância de existir um contexto valorativo de regras que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais (BITTENCOURT, 2012, pp. 1627), porém que isso não implique em reconhecer uma restrição da autonomia da vontade da mulher para reger o seu exercício de liberdade sexual a uma lógica submetida aos padrões de moralidade que apenas refletem uma vigilância social ao comportamento da mulher e não uma apropriada proteção bem jurídico pena.

Associando esse reconhecimento da dignidade e liberdade sexual da mulher, desvinculado da moralidade – seja cristã, seja patriarcal – no âmbito jurídico-penal à aplicação da teoria do bem jurídico crítico, agora, ao intérprete, deve-se buscar a interpretação também direcionada à apropriada tutela do bem jurídico aos interesses, também, da vítima, como reflexo de um interesse social de preservação de genuíno exercício da liberdade sexual como corolário desta também dignidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No percurso histórico da política criminal direcionada à desaprovação de condutas sexuais delituosas, observa-se uma notória desconsideração da figura feminina, vista como mera materialização de uma pretensa honra masculina e vinculada à instituição social da família, totalmente desvinculada de seus interesses enquanto vítima. Isso se observa não apenas pelo discurso jurídico, mas por outras evidências trazidas pela história e pelas teorias de gênero. Ocorre que há uma certa pungência no discurso jurídico, como principal forma de controle social legitimado pelo uso da força.

A conquista da positivação da proteção da liberdade sexual como corolário de dignidade, ainda que tenha vindo ao lado da ampliação da sujeição passiva dos crimes sexuais, é feminina, revela um novo protagonismo em respeito à sua autonomia, no âmbito que sempre fora fiscalizado e controlado pelo sistema masculino de poder: a esfera da sexualidade da mulher.

Ladeando tudo isso, vêm as construções dogmáticas impor uma resignificação da conduta vítima no âmbito do delito, com institutos que pretendem a redução da ingerência penal, ora por respeito à autonomia, ora por priorizar um discurso liberal que quer desonerar o poder do Estado, notadamente na órbita punitiva.

Apesar de não se observar nessas novas doutrinas, relacionadas à teoria da imputação objetiva, ao funcionalismo e à vitimodogmática, um direcionamento ao comportamento da vítima nos crimes sexuais, nada impede que o desenvolvimento dos argumentos alcance esse conteúdo. A experiência também revela que a tendência é pela redução da culpa do agressor homem em detrimento da autonomia da mulher, revelando notórios julgamentos morais de sua conduta, ou seja, reprovando antes sua liberdade sexual do que tutelando seus direitos nessa esfera de dignidade.

Por tudo isso, é imprescindível que se recorra a uma teoria do bem jurídico crítica ao intérprete, que, sem recurso à analogia in malam partem ou a qualquer violação das garantias do réu, priorizem uma interpretação do tipo com a amplitude necessária a proteger o exercício regular do direito à liberdade sexual da mulher como manifestação de sua autonomia e corolário de sua dignidade.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n 50, pp. 71-102, jul 2005.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição virtual Ridento Castigat Mores, 2002. Disponível em: <[http://www.academia.edu/14929995/Cesare\\_Beccaria\\_DOS\\_DELITOS\\_E\\_DAS\\_PENAS\\_Ridendo\\_Castigat\\_Mores](http://www.academia.edu/14929995/Cesare_Beccaria_DOS_DELITOS_E_DAS_PENAS_Ridendo_Castigat_Mores)>. Acesso em 12 out 2016.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei nº 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 05 abr 2017.
- BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 abr 2017.
- BRASIL. **Código Penal**, Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em 05 abr 2017.
- CÂMARA, Guilherme de Costa. **Programa de política criminal** – orientado pela a vítima de crime. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARRIÓN, Luís Cueva. Prólogo. In: ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen** – Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento em derecho penal. Trad. Robynson David Cueva. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2016 (Ebook Kindle)
- FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano** – a criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. 3 ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luís Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 82, pp. 165-182, 2010.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol 8, 1981
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e Frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015
- PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido** – na teoria do delito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PINTO, Celi Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte general Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. **A posição da Vítima no sistema da justiça Penal: Um modelo em três colunas.** In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica** – introdução à lógica jurídica, instituições do Direito, evolução e controle social. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENTURA, Isabel. Um corpo que seja seu – podem as mulheres (não) consentir?. **Revista ex æquo**, n.º 31, pp. 75-89, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** – Volume 1. Rio de Janeiro: Revan, 2007