

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

DENISE ALMEIDA DE ANDRADE

RENATO DURO DIAS

SILVANA BELINE TAVARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Denise Almeida De Andrade; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-147-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidades. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da doença COVID-19, tem modificado a rotina de grande parte das pessoas, visibilizando questões já existentes na sociedade brasileira como a violência contra as mulheres. Importante ressaltar que mesmo diante da Pandemia e suas implicações, o GT - GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I teve pesquisadoras e pesquisadores extremamente focados na pesquisa sob a perspectiva de denunciar a violência de gênero durante o isolamento social, dentre outras questões que pode-se perceber nos artigos apresentados.

Priscila Mara Garcia Cardoo e Amanda Tavares Borges em seu artigo “A atuação da polícia civil do estado de São Paulo nas investigações das mortes violentas de mulheres: um enfoque sob a perspectiva de gênero” abordam aspectos teóricos do feminicídio com gênese no próprio conceito de “crime de ódio”, e analisam a qualificadora e agravante penal no contexto de criminalização do feminicídio.

No artigo “Até tu, vírus? A covid-19 e as ameaças aos direitos das mulheres”, Ana Elizabeth Neirão Reymão , Roberta Pina Barbosa Faro e Talita Danielle Costa Fialho Dos Santos mostram como a pandemia ressalta as desigualdades sendo que mulheres, negros e pessoas mais pobres têm sido os mais afetados.

“A explosão da violência de gênero no surto de covid 19 no Brasil - uma pandemia dentro da pandemia” artigo de Patricia Lima Bahia Farias Fernandes e Homero Lamarão Neto ressalta o aumento expressivo da violência contra a mulher durante a pandemia do Coronavírus no Brasil e como o confinamento imposto para contenção do avanço da doença, em conjunto com a influência do comportamento herdado do patriarcado, influenciou o desencadeamento desse fenômeno.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em “A revista vexatória como prática de manipulação dos corpos femininos nos presídios brasileiros” traz uma excelente e necessária discussão relativa a revista íntima ou revista vexatória realizada no ambiente prisional como uma forma de violência sexual contra as mulheres atingindo diretamente suas dignidades.

Em “A utilização da tecnologia na luta contra a violência doméstica no confinamento domiciliar”, Fernanda Daltro Costa Knoblauch problematiza o aumento dos casos de violência doméstica contra a mulher durante o período de confinamento domiciliar.

A adoção homoparental à luz da teoria de Michel Foucault é trazida por Thiago Augusto Galeão De Azevedo e Lorena Araujo Matos a partir do artigo “Adoção homoparental, melhor interesse da criança e relações de poder: uma análise a partir da teoria de Michel Foucault” uma discussão a partir da construção teórica crítica construída a partir da adoção homoparental no ordenamento jurídico pátrio visando o melhor interesse da criança.

O artigo “Assédio sexual: aspectos penais e interdisciplinares no direito brasileiro” apresentado por Samantha Ribeiro Meyer-pflug e Patricia Pacheco Rodrigues ressalta a discriminação e assédio nas relações de trabalho atingindo diretamente a liberdade sexual, os direitos de personalidade, o direito a um ambiente de trabalho salubre, ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana,

Gustavo Dobler em seu artigo “Crianças e adolescentes transexuais: uma releitura da regulação brasileira sobre identidade de gênero à luz do princípio da autonomia progressiva” problematiza a transexualidade infantojuvenil sob a perspectiva do princípio da autonomia progressiva, avaliando criticamente a regulação brasileira a respeito de identidade de gênero e das limitações existentes para retificação registral de prenome e sexo.

Diante do isolamento social para a não disseminação do novo coronavírus o uso da internet aumentou, assim como as violências sexuais contra as mulheres. Surgindo assim novas formas de violência contra as mulheres como a pornografia de vingança, sextorsão e estupro virtual. Questões de grande importância trazidas por Layana Mara Laiter Martins e Geanna Moraes Da Silva em “Crimes sexuais contra a mulher na internet no contexto pandêmico do novo coronavírus”.

Refletindo sobre a viabilidade de uma Crítica Feminista do Direito Brasileiro, Grazielly Alessandra Baggenstoss em “Critical legal studies: elementos para uma crítica feminista do direito brasileiro” apresenta um estudo qualitativo, pautado em revisão bibliográfica narrativa na qual nomeia como marcos teóricos Antonio Carlos Wolkmer, Critical Legal Studies e autoras feministas de proposta decolonial e interseccional.

Em “Democracia e poder judiciário: implicações da resolução n.º 175 do conselho nacional de justiça” Felipe Rosa Müller e Paula Pinhal de Carlos objetivam reforçar a função do Poder Judiciário como defensor dos direitos da diversidade sexual pelas implicações atuais da

Resolução n.º 175 do CNJ e apresentam a estatística crescente dos casamentos registrados (2013-2018), como reflexos da atuação do Poder Judiciário.

Fábio Eduardo Biazon Abrantes, Kathleen Cristina Tie Scalassara e Marlene Kempfer em “Direitos sociais da população transexual e intersexual no Brasil: efetividade por meio da vinculação orçamentária das contribuições sociais” ressaltam que as contribuições sociais previstas nos artigos 195 e 212 da Constituição da Federal de 1988, são os tributos federais mais adequados para financiar direitos sociais, pois seu regime jurídico impõe vinculação de receitas. A partir dessas premissas a pesquisa trata dos direitos sociais dos transexuais e intersexuais, ante a atual ausência de políticas públicas com nível de políticas de Estado, especialmente, nas áreas da saúde, assistência social e educação.

Por fim, o artigo “Sistemas de ação penal na legislação brasileira e os crimes contra a liberdade sexual: um olhar para as vítimas desde a perspectiva de gênero” de Luiza Ferreira Silva discute a adequação dos sistemas de ação penal existentes no Brasil para o processamento dos crimes contra a liberdade sexual, a partir de uma perspectiva de gênero que olhe para os interesses das vítimas, majoritariamente mulheres.

Convidamos todas, todos e todes a leitura deste conjunto de potentes estudos.

Prof. Dr. Renato Duro Dias – FURG

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Profa. Dra. Denise Almeida de Andrade- UNICHRISTUS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Gênero, Sexualidade e Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SISTEMAS DE AÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UM OLHAR PARA AS VÍTIMAS DESDE A PERSPECTIVA DE GÊNERO

CRIMINAL ACTION SYSTEMS IN BRAZILIAN LEGISLATION AND CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM: A LOOK AT THOSE RAISED FROM A GENDER PERSPECTIVE

Luiza Ferreira Silva ¹

Resumo

O artigo discute a adequação dos sistemas de ação penal existentes no Brasil para o processamento dos crimes contra a liberdade sexual, a partir de uma perspectiva de gênero que olhe para os interesses das vítimas, majoritariamente mulheres. Partindo da hipótese que os modelos legais existentes apresentam inadequações frente a vitimização sexual, utilizou-se método de abordagem lastreado na teoria crítica e procedimento monográfico. Verificou-se a inadequação de tutelas universalizantes de ação penal assim como a dificuldade de um prazo decadencial escasso para esses crimes. Impõe-se pensar em caminhos que levem em conta as peculiaridades da violência sexual e suas consequências.

Palavras-chave: Crimes contra a liberdade sexual, Ação penal, Vítimas, Gênero, Violência sexual

Abstract/Resumen/Résumé

The article argues the adequacy of the Brazilian criminal action systems for processing crimes against sexual freedom, based on a gender perspective that consider the interests of the victims, mostly women. Based on the hypothesis that the current legal models have inadequacies in relation to sexual victimization, it was used approach method supported by critical theory and the procedure was monographic. It was found the inadequacy of universalizing tutelage of criminal action and the difficulty of a short decay term for these crimes. It's necessary to think in pathways that consider the peculiarities of the sexual violence and its consequences.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Crimes against sexual freedom, Criminal action, Victims, Gender, Sexual violence

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia (Centro Universitário Internacional – UNINTER/Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC).

1. INTRODUÇÃO

Os crimes contra a liberdade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude, importunação sexual e assédio sexual, segundo a atual disciplina do Código Penal brasileiro) qualificam violências e abusos de natureza sexual que vitimizam, em sua grande maioria, mulheres. Pode-se dizer, então, que constituem verdadeiros crimes de gênero¹, representando a dominação masculina que está na base da sociedade atual, na qual as mulheres ainda são vistas como propriedades e sua dignidade sexual é anulada em condutas desse condão.

Outro elemento que desponta nesse tipo de crime são as enormes cifras ocultas que os cercam. Estima-se que, no Brasil, aproximadamente 10% dos estupros chegam ao conhecimento da polícia (CERQUEIRA; COELHO, 2014), o que mostra a enorme parcela de condutas de violência sexual que não chegam ao sistema de justiça criminal e, boa parte delas, nem mesmo ao conhecimento de outros sistemas, como o de saúde. Tendo em vista essas singularidades, e a necessidade de se discutir intervenções efetivas para a superação dessa e de outras violências de gênero, o presente artigo busca refletir acerca da adequação dos sistemas de ação penal existentes no Brasil para o processamento dos crimes contra a liberdade sexual, a partir de uma perspectiva de gênero que se volte para os interesses das vítimas, majoritariamente mulheres, nesses delitos.

Trabalhando com a hipótese de que os três sistemas de ação penal atualmente presentes na legislação criminal brasileira e que em algum momento já foram aplicados aos crimes contra a liberdade sexual apresentam incongruências frente à vitimização sexual, utilizou-se como método a abordagem da teoria crítica, explicada por Marcos Nobre. Nesse sentido, busca-se a compreensão da conjuntura em torno da problemática, por meio de um diagnóstico da realidade, seguido da identificação dos empecilhos existentes, para se encontrar potencialidades de emancipação adequadas à questão investigada (NOBRE, 2018). O método de procedimento manejado qualifica-se como monográfico, através de fontes bibliográficas e documentais variadas.

Por conseguinte, tratou-se inicialmente do desenho legal dos atuais sistemas de ação penal no Brasil, assim como as formas de processamento aplicadas aos crimes contra a liberdade sexual, desde a redação original do atual Código Penal. Estabelecido esse entendimento, partiu-se para uma compreensão mais aprofundada da ação penal nesses

¹Como apontam as estatísticas delitivas oficiais dos anos de 2017 e 2018 (FBSP, 2019, p. 114-119), em relação ao estupro, 96,3% dos autores são do sexo masculino, vitimizando em sua grande parte meninas e mulheres, as quais representam 81,8% das vítimas.

delitos, encontrando as dificuldades práticas e eventuais pontos positivos existentes, tendo como perspectiva teórica os escritos sobre a relação entre crime e gênero. Por fim, discutiu-se possíveis caminhos para um modelo de ação penal mais sintonizado com a vitimização sexual e as particularidades que caracterizam esse tipo de violência de gênero.

2. Modelos de ação no Direito Penal brasileiro e percurso legislativo nos crimes contra a liberdade sexual

À guisa de iniciar a investigação objeto do presente artigo, faz-se necessário compreender quais as possibilidades de ação penal traçadas na legislação criminal brasileira e as suas especificidades, como premissas necessárias para que se avance na problemática da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual. Em seguida, aborda-se a evolução legislativa no tratamento da ação penal nesses crimes, a fim de, posteriormente, diagnosticar os obstáculos e possíveis ganhos em cada um desses sistemas de processamento.

2.1 Os três sistemas de ação penal existentes no Brasil

Inicialmente se percebe a existência de três modelos de ação delineados no Código Penal (adiante “CP”) vigente no Brasil (Título VII da Parte Geral): a ação penal privada, a ação penal pública condicionada à representação e a ação penal pública incondicionada. Considerando o arranjo institucional do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, a ação penal exercida de forma pública constitui a regra do ordenamento jurídico, pelo teor do art. 100, do CP. Ora, se a pena criminal possui o condão de restringir um direito fundamental de natureza básica e individual, como a liberdade do indivíduo (ou afetar o exercício de outros direitos fundamentais, levando em conta as demais penas constitucionalmente estipuladas²), a natureza pública do processo e da sua iniciativa constituem o corolário da noção do Direito Penal enquanto meio para a tutela de direitos fundamentais (bens jurídicos), abandonando, dessa forma, a ideia da pena criminal como vingança, tal qual ocorria na chamada Idade de Ouro da vítima³.

²Como dispõe o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal brasileira: Art. 5º. [...]: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...].

³ Alfaro (2006) explica que em período pretérito ao Direito Penal moderno, a denominada “Idade de Ouro” da vítima, que vai desde o Direito Romano Primitivo, passando pelo Direito germânico e estendendo-se durante o Direito medieval, constituiu período de grande protagonismo para a vítima no âmbito criminal. Isso se deveu a um predomínio da vingança privada, em que se observava a resolução do conflito diretamente pela vítima ou por pessoas próximas a ela, numa similitude entre Direito Civil e Direito Penal.

Esse monopólio da gestão dos conflitos penais, por parte do Estado, assenta a ação penal pública e a sua iniciativa, em regra, pelo Ministério Público (art. 101, §1º, CP)⁴, como meio por excelência para o alcance da pacificação social. Configura-se, assim, a chamada ação penal pública incondicionada, cujo exercício prescinde de qualquer manifestação da vítima ou de terceiros para o seu início ou processamento, sendo aplicável à maior parte das infrações penais brasileiras. Nela, dois princípios informadores se destacam: o princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade processual), retirado do art. 24 do Código de Processo Penal (adiante “CPP”), pelo qual obriga-se o Ministério Público ao oferecimento da denúncia, se estão presentes do requisitos legais para tanto, a fim de que a persecução penal tenha início, não cabendo qualquer juízo de conveniência ou oportunidade (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 254); e, ainda, o princípio da indisponibilidade, ou da indesistibilidade, pautado nos arts. 42 e 576 do CPP, pelo qual uma vez proposta a ação, ou interposto o recurso, não poderá o Ministério Público desistir da ação, ou do recurso manejado (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 254).

No entanto, em certos casos, a ação penal pública pode requerer a manifestação do ofendido (ou de quem tenha a qualidade para representá-lo) ou do Ministro da Justiça, para que o Ministério Público possa intentá-la (art. 100, §1º, *in fine*, do CP), constituindo-se o segundo modelo de ação criminal, a chamada ação penal pública condicionada. Assim, a representação do ofendido, ou a requisição do Ministro da Justiça, despontam como verdadeiras condições de procedibilidade, sem as quais não se pode exercitar a ação penal. Essa exigência também se aplica ao início do inquérito policial, consoante se retira do art. 5º, II, do CPP.

No caso da representação, a permissão dada ao ofendido para que avalie a conveniência e oportunidade da instauração penal se dá em casos nos quais há um conflito delicado de interesses: de um lado, o interesse público estatal em punir e, de outro, o direito da vítima em não se expor nos tribunais, mantendo o crime ignorado; já no segundo caso, a requisição do Ministro da Justiça, configura permissão lastreada na necessidade de um juízo político sobre a conveniência da ação penal⁵ (BITENCOURT,

⁴Esse exercício da ação penal pública encontra fundamento constitucional no art. 129, I da Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. No exercício dessa atribuição institucional, verifica-se a possibilidade de qualquer pessoa do povo provocar a atuação do Ministério Público, através do fornecimento, por escrito, de dados sobre o fato e sua autoria, bem como indicação do tempo, do lugar e dos elementos de convicção, consoante se retira do art. 27 do estatuto processual penal brasileiro.

⁵A necessidade de requisição por parte do Ministro da Justiça está restrita aos crimes praticados por estrangeiros contra brasileiros fora do Brasil (art. 7º, § 3º, do CP) e nos crimes praticados contra a honra do Presidente ou contra chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, 1ª parte).

2012, p. 1902). Ressalta-se que, no caso de ação penal pública condicionada, uma vez oferecida a denúncia, a representação será irretratável (art. 102, CP), e a ação prossegue sob total comando do Ministério Público.

Ainda sobre a representação, deve-se esclarecer a desnecessidade de seu rigor formal, bastando que seja possível aduzir o interesse claro e inequívoco do ofendido em ver o autor do fato processado, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 260)⁶. Ademais, o oferecimento dessa representação pelo ofendido, ou pelo seu representante legal (quando for o caso), deve ser realizado no prazo de 06 (seis) meses, contados a partir do conhecimento da autoria da infração penal, consoante disposição do art. 100, §3º do CP, bem como do art. 38 do CPP.

Por fim, a legislação brasileira abrange o modelo excepcional de ação penal privada, na qual se verifica a maior incidência da autonomia privada no processo criminal, conquanto incumbe ao ofendido – ou ao seu representante legal – não apenas o requerimento do inquérito policial (art. 5º, §5º, CPP), mas também a instauração e a continuidade do processo, mediante queixa-crime (art. 100, §2º, CP; art. 30, CPP), que seguirá os mesmos requisitos da denúncia⁷. Assim, como no caso do direito de oferecer representação, o direito de queixa também deve ser exercido dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses, contado a partir do conhecimento da autoria do fato (art. 38, CPP; art. 103, CP)⁸.

Esse tipo de ação encontra lugar naqueles casos em que o interesse da vítima é superior em relação ao interesse da coletividade, permitindo assim que o ofendido inicie a ação e movimente máquina judiciária, seja em razão de imperativos de foro íntimo ou da natureza personalíssima do crime⁹ (BITENCOURT, 2012, p. 1903-1904), como no

⁶A representação e sua renúncia diferem no caso de delitos praticados em situação de violência doméstica ou familiar, a ensejar a aplicação da Lei 11.340/06, “Lei Maria da Penha”, que sejam de ação penal pública condicionada: “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

⁷Dispõe o Código de Processo Penal acerca desses requisitos: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

⁸Salienta-se que, ao contrário da ação penal pública, na ação penal privativa do ofendido vigora a ideia de disponibilidade do seu exercício pelo ofendido ou representante legal, incidindo regras especiais, a exemplo de institutos como a renúncia, expressa ou tácita, ao direito de queixa, ou ainda a figura do perdão do ofendido, capaz de obstar o prosseguimento da ação penal (vide arts. 104 e ss. do CP; arts. 49 e ss. do CPP).

⁹Existe, ainda, a chamada ação privada subsidiária da pública, pela qual diante da inércia do Ministério Público em oferecer a denúncia nos casos de ação penal pública no prazo legal, possibilita-se ao ofendido exercer a ação penal mediante queixa (art. 100, §3º, CP). Ocorre, assim, substituição do Ministério Público e da denúncia que originaria a ação penal, contudo, não se olvida que “ação penal não se transforma em privada, mantendo a sua natureza de pública, e, por essa razão, o querelante não pode dela desistir,

caso, por exemplo, do delito de dano (art. 163, CP) e dos crimes contra a honra (art. 138 a 140, CP).

2.2 Crimes contra a liberdade sexual: da ação penal privada à ação penal pública incondicionada

Compreendidos os sistemas de ação penal existentes no Brasil, passa-se ao exame da evolução do tratamento legislativo conferido aos crimes contra a liberdade sexual no Código Penal brasileiro, desde a sua redação original, datada de 1940. De início, adianta-se que, ao contrário dos outros delitos disciplinados nesse diploma legal, a ação penal nesses crimes já assumiu, em períodos distintos, os três modelos acima elucidados, o que demonstra a existência de um debate constante acerca da forma de início e condução do processo mais adequada nesse tipo de delito.

Inicialmente, os crimes contra a liberdade sexual compreendiam os tipos penais de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216). O legislador original de 1940 buscou delimitar uma diferenciação entre a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, ensejadora do crime estupro (que poderia ter como sujeito passivo somente mulheres) e a prática de outros atos libidinosos, divergentes da cópula vaginal, que configurariam o atentado violento ao pudor, se praticados com violência ou grave ameaça (nesse caso, poderiam ser enquadrados como sujeitos passivos do delito tanto homens quanto mulheres).

Já os tipos penais disciplinados nos artigos 215 e 216 seguiam lógica similar aos anteriores, alterando-se para fraude o meio empregado para a lesão à autodeterminação sexual da pessoa. Esses tipos possuíam a exigência legal relativa à honestidade da mulher, comentada pela doutrina à época no sentido de que:

A vítima deve ser *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honestas* (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela, que, inescrupulosamente, *multotum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação [...] (HUNGRIA; LACERDA, 1959, p. 150).

Chama-se atenção, também nesse momento legislativo específico, para a antiga nomenclatura do Título onde se encontravam os crimes contra a liberdade sexual, que

renunciar, perdoar ou ensejar a perempção. O Ministério Público poderá aditar a queixa, oferecer denúncia substitutiva, requerer diligências, produzir provas, recorrer e, a qualquer momento, se houver negligência do querelante, retomar o prosseguimento da ação (art. 29 do CPP)” (BITENCOURT, 2012, p. 1905).

originalmente foi denominado pelo legislador como “Dos Crimes contra os Costumes”. Já se percebe, de antemão, que a história da política legislativa adotada em relação a esses delitos sexuais nasceu mais preocupada com a manutenção de uma “moral pública” e com o controle do comportamento sexual feminino, do que com a proteção ao livre exercício da autodeterminação sexual dos indivíduos.

Quanto à ação penal cabível, os crimes contra a liberdade sexual eram regulados, em regra, mediante ação penal privada, de acordo com a redação original do art. 225 do CP¹⁰. A opção legislativa, nesse sentido, lastreava-se na noção de que a exposição do fato delitivo, através do procedimento criminal, poderia não ser desejada pela vítima, levando em conta a natureza desses delitos, que “afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o silêncio ao *strepitus judicii* em tórno deles” (HUNGRIA; LACERDA, 1959, p. 247).

Esse quadro legal relativo aos crimes contra a liberdade sexual manteve-se praticamente inalterado até reformas legislativas mais robustas a partir dos anos 2000, com meras alterações nos preceitos secundários desses delitos e inclusões de causas de aumento de pena. Todavia, na esfera jurisprudencial, destaca-se a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (“no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”), editada no ano de 1984, pela qual buscou-se dar uma interpretação adequada à Reforma Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), no tocante à redação do art. 101, relativo à ação penal nos crimes complexos.

Dispondo o referido dispositivo legal que cabe ação penal pública nos casos em que a lei define como elemento ou circunstância típica fatos que por si só constituem crimes, se para qualquer deles deva se proceder mediante iniciativa do Ministério Público, e considerando a natureza de crime complexo do estupro (lesão corporal ou constrangimento ilegal, somado à agressão à autodeterminação sexual), o STF entendeu que, em situação de violência real, a ação penal deveria ser pública incondicionada. Nesse caso, a indisponibilidade do bem integridade física predominaria sobre a disponibilidade da liberdade sexual (SILVEIRA, 2008, p. 317)¹¹.

¹⁰Estabelecia o dispositivo em comento: “Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. § 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação”.

¹¹Ressalta-se que com o advento da Lei 9.099/95, a ação penal no delito de lesão corporal leve deixou de ser pública incondicionada, na medida em que passou a ser condicionada à representação. Ainda assim, à

A partir dos anos 2000 verificou-se alterações de maior vigor no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, inclusive no tocante à ação penal cabível, as quais mostram uma tendência de modernização e adequação social da legislação penal nesse âmbito. Traz-se à tona, inicialmente, algumas das reformas empreendidas pela Lei 11.106/05, pela qual suprimiu-se o vocábulo “mulher honesta” da redação desses crimes, além de ter retirado as possibilidades de extinção da punibilidade do autor pelo casamento com a vítima, previstas nos incisos VII e VIII do art. 107 do CP¹².

Alguns anos mais tarde, adveio a Lei 12.015/09, instituindo modificações de maior monta. Destacam-se, aqui, a redefinição do Título VI do estatuto repressivo brasileiro, onde se encontram tipificados os delitos sexuais, que deixou de nomear-se “Dos Crimes contra os Costumes” para adquirir a denominação “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Também foi a partir da edição dessa lei que se promoveu a extinção do crime de atentado violento ao pudor, ampliando o rol de condutas a serem enquadradas no delito de estupro, que passou a abarcar o ato de se constranger alguém, através de violência ou grave ameaça, à prática de conjunção carnal ou qualquer outra ação libidinoso¹³.

A Lei 12.015/09 inovou ainda em matéria de ação penal. A nova redação do art. 225 passou a determinar que os crimes contra a liberdade sexual (capítulo I do Título VI do CP) fossem processados mediante ação penal pública condicionada à representação, exceto se a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Embora expressa a legislação no sentido da necessidade de representação para os delitos contra a liberdade sexual praticados contra pessoas adultas, surgiu à época discussões doutrinárias quanto à permanência da aplicação ou não da Súmula 608 do STF¹⁴.

época o STF entendeu que se deveria manter a vigência da súmula, o que para Silveira (2008, p. 318) não pareceu de todo correto.

¹²Dispunham esses incisos: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

¹³No mesmo sentido, foi extinto o tipo penal de atentado ao pudor mediante fraude, unificando-se a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém através de meio fraudulento no art. 215 do CP, o qual passou a denominar-se “violação sexual mediante fraude”. Como se vê, a reforma legislativa de 2009 empreendeu a chamada neutralização de gênero nos crimes contra a liberdade sexual, de forma que passaram a ser admitidos como sujeitos passivos nesses crimes tanto homens quanto mulheres.

¹⁴Entendendo pela inaplicabilidade da Súmula 608 do STF, em qualquer caso, com o advento da Lei 12.015/09, tinha-se, *e.g.* NUCCI, 2014, p. 136 e ALENCAR; TÁVORA, 2016, p. 278-279. Por outro lado, havia posicionamento no sentido da permanência da ação penal pública incondicionada apenas nos casos de lesão grave ou morte (*e.g.* LOPES JÚNIOR, 2012, p. 404) e, ainda, posicionamento como de Greco (2010, p. 637), que compreendia a vigência da Súmula mesmo após a Lei 12.015/09, enquadrando os casos de estupro mediante violência física na hipótese de ação penal pública incondicionada.

As dúvidas quanto à aplicabilidade ou não da Súmula 608 do STF no âmbito da ação penal no crime de estupro foram definitivamente dirimidas com a edição da Lei 13.718/18. Isso porque a partir desse diploma legal promoveu-se nova alteração no art. 225 do CP, vigente até o presente momento, pela qual se generalizou a ação penal pública incondicionada para todos os crimes contra a liberdade sexual, assim como aos demais delitos sexuais. A modificação legal, assim, ilustra a prescindibilidade de qualquer manifestação da vítima para a tomada de providências no âmbito da persecução penal oficial.

Por fim, destaca-se que a Lei 13.718/18, também na esfera dos crimes contra a liberdade sexual, inseriu nova figura típica, o chamado delito de importunação sexual (art. 215-A do CP¹⁵). Buscando preencher o vácuo legislativo para condutas menos graves, não aptas a serem enquadradas como estupro e que acabavam sendo compreendidas como a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais, revogado pela Lei 13.718/18), tais como beijos forçados, apalpações, ejaculações em transportes públicos, pode-se dizer que essa tipificação legal simboliza uma maior atenção da sociedade à condutas atentatórias à liberdade sexual, preconizando por intervenções penais de maior monta nesse sentido.

3. Diagnósticos e obstáculos nos modelos de ação penal: o lugar das vítimas de crimes sexuais e as questões de gênero

A partir das premissas teóricas e legais traçadas anteriormente, busca-se nessa seção analisar os avanços e dificuldades existentes nos modelos de ação penal aplicáveis ao crimes contra a liberdade sexual. Desde um olhar voltado para as vítimas, em sua maior parte mulheres, é preciso refletir, diante disso, sobre a influência de questões de gênero atreladas ao sistema de justiça criminal no processamento desses delitos, a fim de se encontrar tutelas legislativas mais adequadas à realidade da vitimização sexual.

3.1 Ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação: os diferentes ônus sob a mulher vitimizada

Como se viu, originalmente era possível perceber um *status quo* de privatização dos delitos contra a liberdade sexual, de forma que se manteve, por várias décadas, a disposição de ação penal privada para esses crimes. Ao mesmo tempo, a simples leitura

¹⁵Preceitua esse tipo legal: “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”.

do texto legal no tocante ao Direito Penal sexual, mencionando expressões como “mulher honesta”, “mulher virgem”, “crimes contra os costumes”, além da análise aos comentários doutrinários à época, demonstram um período no qual as amostras de uma sociedade patriarcal eram manifestas no âmbito jurídico.

Com isso, verificava-se uma conjuntura social que se voltava flagrantemente, através das estruturas do sistema de justiça criminal, a disciplinar os modelos de conduta sexual socialmente esperados das mulheres, excluindo da tutela penal aquelas que não se encaixavam nos padrões de gênero juridicamente impostos. Tanto que em estudo teórico e empírico da vitimização sexual feminina e seu tratamento pelo sistema penal, Andrade (2005) identificou a chamada lógica da honestidade, isto é, a construção de uma lógica seletiva de vitimização, baseada nos critérios da moral sexual dominante, diferenciadora das mulheres tida como honestas, daquelas chamadas desonestas, radicalmente representadas pela prostituta.

Levando em consideração essa operacionalização de um controle sobre as mulheres, seus corpos e seus comportamentos por parte do Direito Penal, é possível desconfiar de que a opção legislativa inicial pela ação penal privada estivesse realmente alinhada aos interesses das mulheres vítimas de agressões à sua autodeterminação sexual. Os motivos declarados de se evitar a publicidade escandalosa do processo, que legitimariam a opção legislativa pela privatização desses delitos, na verdade pouco tinham a ver com a mulher e seu estado ante a agressão sexual e suas consequências. Pode-se dizer que se alinhavam mais à uma busca por resguardar aspectos como honra familiar e garantir que a solução desse conflito se desse dentro do seio da família, particularmente pelo pai e/ou marido, detentor do poder patriarcal.

Isso porque a responsabilidade do controle sobre as mulheres era transferida do sistema penal formal para outras instituições de controle social, dentre elas a família (mas também as escolas, a mídia e a religião), a fim de que se garantissem a reprodução das condutas socialmente esperadas por parte delas (BARATTA, 1999, p. 45-46). Percebe-se que a ação penal privada, presente na legislação criminal brasileira desde o Império, não se prestava então à atender aos anseios femininos, estando muito mais conectada com a ideia de que as mulheres e as violências por elas sofridas subordinavam-se aos imperativos do pátrio poder. Como coloca Smart, ao analisar especificamente o estupro:

Historicamente mulheres sempre foram tratadas como propriedade dos seus pais ou maridos pelo estatuto legal. A pena para o estupro que era (e ainda é) grave, mas nem sempre implementada, era mais uma punição pela mácula de outro homem nessa propriedade do que uma forma de proteção para as mulheres ou o reconhecimento dos seus direitos sobre seus corpos. É também

significativo que historicamente o estuprador não era a única pessoa que era punida, em muitos casos a vítima também perdia a vida ou sofria uma perda de estima e/ou da chance de se casar. (tradução nossa) (SMART, 1976, p. 78).

Além desse impasse que a ação penal privada representava, outra questão simbólica em torno dessa privatização também podia ser percebida e passou a ser objeto de crítica pelas feministas. Larrauri (1994) colocava que, regular os delitos que afetavam mulheres de forma privada, era criticado desde um viés feminista pois transmitia a mensagem de que, ao contrário dos demais delitos públicos, aqueles crimes não possuíam relevância social ou necessitavam de gravidade suficiente para a verificação do interesse do Estado em sua persecução, de maneira que certas feministas propugnavam pelo seu processamento oficial.

Ultrapassados esses empecilhos de natureza simbólica no âmbito da tutela jurídica dos crimes contra a liberdade sexual, era possível encontrar também dificuldades de natureza prática à garantia dos interesses das mulheres vítimas nesses delitos. A própria formação da ação penal privada, como se viu, coloca maiores fardos processuais nas mãos do ofendido que, em um crime delicado e traumático que afeta a liberdade sexual da vítima, podem não ser sustentáveis por ela. Os ônus de contratação de advogado e envolvimento direto no processo, por exemplo, traduziam realidade que, se por um lado facultavam à vítima optar ou não pela instauração da ação penal, de outro lado representavam pesos que poderiam inviabilizar a instauração e continuidade do processo pela vítima.

Se a ação penal privada apresentava certas incongruências, também algumas dificuldades permaneceram com a ação penal pública condicionada à representação, que merecem atenção. Embora a assunção de caráter público representou um avanço, tanto do ponto de vista simbólico acima tratado, quanto por ter amenizado os fardos processuais sob a vítima, respeitando sua autonomia no tocante à instauração ou não da ação penal, por outro lado, remanesceu o entrave relativo ao prazo decadencial de 06 (seis) meses, cabível também para o exercício do direito de representação segundo a legislação penal brasileira. Ao se analisarem certas especificidades próprias desses crimes, verifica-se que esse prazo parece não ser adequado aos interesses das vítimas.

Isso porque, de início, é cediço o enorme silêncio, até os dias de hoje, em torno de crimes sexuais em geral. Embora se tenham obtidos avanços, por meio de campanhas de organizações não-governamentais, da mídia e inclusive do Poder Público, quanto à necessidade de se divulgar a violência sexual, fornecendo apoio às vítimas e responsabilizando agressores, pode-se dizer que muitos desses delitos ainda permanecem

ocultos pela relutância das mulheres em denunciar. A proximidade com o agressor¹⁶, não se enxergar como vítima, o medo de retaliação, vergonha do ocorrido apto a criar um estigma, receio de não receber credibilidade ao denunciar, falta de acolhimento institucional e social, desconhecimento dos seus direitos (GROENHUIJSEN, 2015; SANTOS, 2018) são alguns dos fatores que costumam ser apontados para explicar o silêncio das vítimas de delitos sexuais.

Assim, muitas vezes romper esse silêncio qualifica-se como um difícil processo para a mulher vitimizada, que não se amolda à um prazo decadencial genérico, como previsto na legislação penal brasileira. Estudos estrangeiros empíricos, realizados com mulheres alvo de agressões sexuais, demonstram uma variedade no tempo em que levaram para divulgar para terceiros a experiência de vitimização, de forma que a divulgação pode ser imediata, levar algumas semanas ou, até mesmo, parcela considerável das vítimas levou meses ou mais de um ano para relatarem seus episódios pessoais (FILIPAS; ULLMAN, 2001; GIDYCZ; ORCHOWSKI, 2012).

Essas específicas condições que cercam a vitimização por crimes contra a liberdade sexual e o modo como a vítima se defronta com ela, sinalizam a inadequação de um prazo de apenas 06 (seis) meses para que se decida sob um acontecimento que carrega traumas e marcas psíquico-emocionais tão evidentes, o que pode acabar por gerar ainda mais impunidade nesses delitos, pelo escoamento desse prazo¹⁷. Além disso, outra complicação remanescente na esfera da ação penal pública condicionada à representação que costuma ser apontada pela bibliografia, como se apontou, diz respeito à possibilidade da vítima sofrer retaliações por parte do agressor para que não represente ou se retrate, especialmente quando se tratam de violências cometidas no contexto doméstico e familiar.

Pelo que se vê, a análise do modelo de ação penal pública condicionada à representação apresenta maior privilégio à vontade da vítima, sem recair nos entraves pragmáticos e simbólicos encontrados na ação penal privada, porém, simultaneamente, não resolve, por si só, questões de relevo que influenciam no real atendimento ao interesse

¹⁶As estatísticas oficiais demonstram a grande expressividade da violência sexual praticado por parceiro íntimo, assim como por conhecidos: ocorrências policiais de 2017 e 2018, no que tange ao estupro, demonstram que 75,9% das vítimas possuíam algum tipo de vínculo com o agressor, entre parentes, companheiros, amigos e outros (FBSP, 2019, p. 118).

¹⁷Como se demonstrou no tópico anterior, esse prazo decadencial inicia-se a partir do conhecimento da autoria pela vítima, segundo a legislação criminal. Como parte considerável dos crimes contra a liberdade sexual se dão entre pessoas conhecidas, percebe-se que, na maior parte das vezes, a vigência desse prazo tão escasso começava mesmo a partir do cometimento do delito.

das vítimas. Resta analisar, então, se a ação penal pública incondicionada, regra no ordenamento jurídico brasileiro, constitui sistema mais correspondente aos interesses e necessidades das mulheres alvo de violência sexual.

3.2 Ação penal pública incondicionada: a mulher à margem de seu próprio conflito

Desde o advento da Lei 13.718/18, como se viu, todos os crimes contra a liberdade sexual passaram a ser processados de forma pública incondicionada, unificando o tratamento que já era existente no caso de delitos em que a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único, redação dada pela Lei 12.015/09), e também na hipótese de estupro praticado mediante violência real, quando se entendia aplicável a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. Com essa homogeneização da ação penal aplicável aos crimes sexuais, despontam-se algumas consequências que merecem ser refletidas.

Ressalta-se, primeiramente, a desnecessidade de qualquer manifestação da vítima para a investigação e persecução do crime, assim como a impossibilidade de renúncia ao processo, em qualquer tempo. No desenho moderno de ação penal pública pura, pois, verifica-se uma alienação da participação da vítima no conflito, posto que, predominando a oficialidade do procedimento, o ofendido se vê expropriado do acontecimento que viveu (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 82-83). Assume, nos moldes de ação penal pública incondicionada, condição de mera fonte de convencimento do juiz, em que se vê obrigada a fazer parte do processo, ainda que não deseje¹⁸.

A compreensão dessas consequências institucionais advindas da publicização absoluta do processo, pela qual se carrega a obrigatoriedade da ação penal e dos desdobramentos dela decorrentes, assume especial relevância quando se trata de crimes sexuais. Isso porque, nesses tipos de delitos, as possibilidades de revitimização por parte do sistema de justiça criminal são ainda mais expressivas, isto é, as chances de a vítima sofrer danos adicionais advindos do contato com esse sistema formal e seus agentes são particularmente apontados pela literatura.

Essa revitimização assume contornos, nos crimes sexuais, que necessitam ser entendidos sob a perspectiva de gênero. Quando se trata do tratamento do sistema de

¹⁸A leitura dos artigos do Código de Processo Penal acerca da atuação do ofendido, demonstram que, em regra, a prestação dessas declarações pela vítima no processo é obrigatória, constituindo um dever, como se percebe da redação da parte inicial do art. 201: “Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. §1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade”.

justiça criminal perante a vitimização sexual, o que se observa é um deslocamento da discussão acerca da responsabilidade do autor do crime, para o julgamento da mulher alvo da violação sexual e da sua conduta, numa verdadeira cultura de culpabilização da vítima, que busca aferir até que ponto ela “colaborou” para a consecução do delito, o que é mostrado desde estudos mais antigos (*e.g.* PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998) até pesquisas mais recentes (MENDES; PIMENTEL, 2018; PAIVA; SABADELL, 2018).

Esse julgamento simultâneo do autor e da pessoa da vítima, culturalmente existente no campo da persecução penal dos crimes sexuais, têm como bases os estereótipos construídos socialmente em torno da mulher e da moral sexual a ela imposta, a fim de que seja possível enquadrá-la, ou não, na condição de vítima (ANDRADE, 2005). Teóricas feministas como MacKinnon (1987) e Smart (1989) ao alertarem acerca do caráter androcêntrico do Direito, isto é, o seu viés reprodutor dos papéis sociais impostos pelo patriarcado, já utilizavam o estupro para esboçar como os critérios e referenciais para se entender esse crime levam em conta noções masculinas em torno de aspectos como consentimento, violência e status de vítima, o que continua embasando a gestão institucional desse crime até os dias de hoje.

Não se pode esquecer que essa revitimização repercutirá distintamente sobre as mulheres quando se percebe que a categoria gênero não pode ser analisada isoladamente, mas concatenada à marcadores raciais e sociais, já que esse processo a definição desse processo de vitimização se apresenta de forma variada em relação à diferentes tipos de mulheres. Ressalta-se aqui a crítica apontada pelo feminismo negro no sentido de que, em se tratando de violência sexual contra mulheres negras, esse tipo de conduta atentatória sempre foi naturalizada e sequer era reconhecida como crime, de forma que as críticas que comumente se fazem ao estupro não se aplicam à realidade vivida pelas mulheres negras, as quais nunca estiveram sob o manto da proteção penal (HARRIS, 1990).

Todo esse quadro mostra que o sistema penal e os agentes que nele atuam estão imersos na reprodução da mesma estrutura patriarcal presente na sociedade e que explica, até os dias de hoje, a prática de violências degradantes como as que se dão na esfera da vitimização sexual. Mesmo que variadas mulheres busquem esse sistema com o fito de encontrar um poder que compense o poder masculino, na verdade se defrontam com um poder que não o desmente, mas o reforça; de onde se retira que o direito penal é também um poder patriarcal (LARRAURI, 1992, p. 305).

Não se pode, assim, desconsiderar esse caráter intrínseco presente no sistema de justiça criminal, que serve à permanência da lógica de dominação masculina, quando se analisa a ação penal pública incondicionada e os impactos de sua irreversibilidade para a vitimização sexual feminina. Seja para a mulher que já está diante da incidência desse sistema e que não pode decidir sobre o seu envolvimento ou não no processo, seja para aquelas que têm sua violência sexual invisível, sob o imenso manto das cifras ocultas dos crimes sexuais – e que podem se ver ainda mais desencorajadas a expor a violência sofrida, os efeitos advindos dessa publicização absoluta podem ser ainda mais prejudiciais.

Ademais, pode-se dizer que a opção legislativa por procedimentos obrigatórios e pela neutralização da manifestação da mulher, em crimes desse condão, reforça ainda mais a incapacidade do sistema de justiça criminal em propiciar qualquer tipo de autonomia feminina. Essa é uma tendência que se verifica nos crimes de gênero como um todo, como se viu na determinação da ação penal pública incondicionada para os casos de lesão corporal leve praticados em contexto de violência doméstica e familiar, o que suscitou debates que podem ser adequados para a discussão da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados em desfavor de vítimas adultas, com capacidade de autodeterminação.

Como apontam os estudos no âmbito da violência doméstica e familiar, nem sempre a mulher que demanda a intervenção penal está em busca de castigo, mas são múltiplas e variadas as razões que as motivam, de maneira que a procura pelo sistema penal é uma das muitas estratégias utilizadas para negociar com o agressor e conseguir melhoras em sua situação (LARRAURI, 2003). Assim, a ação penal pública incondicionada universaliza a imposição da tutela penal sobre o conflito vivenciado pela mulher, ignorando que há mulheres de diferentes tipos e em contextos variados, demandando soluções e intervenções mais criativas e efetivas, para além da punição.

Pode-se dizer que a representação na ação penal pública condicionada, ao menos, valoriza a autodeterminação da mulher no processo e representa elemento que respeita as suas técnicas de negociação de poder no âmbito familiar (COUTO, 2017; MELLO, 2015), como apontam os estudos na seara da violência doméstica e familiar. A imposição da persecução penal, através da tendência cada vez maior de esvaziamento da participação da mulher, nesse caso, esquece a complexidade da situação experienciada pela vítima e das suas relações, de forma que a apropriação do seu conflito pelo sistema penal colabora

para uma visão reducionista do problema, e para a frustração de expectativas da mulher que nele busca ajuda ou proteção.

Tendo em vista, então, a predominância da violência sexual praticada por familiares e conhecidos (colegas, amigos, chefe), ainda que não correspondam ao estereótipo social do criminoso sexual, (ANDRADE, 2005), essas reflexões podem ser transplantadas para a esfera da vitimização sexual, de maneira que a possibilidade da mulher poder tomar decisões em relação ao processo se mostra essencial para que ela sopesse os ganhos e os custos do envolvimento com o sistema penal em sua vida¹⁹.

Pelo que se viu, a ação penal pública incondicionada, ainda que possa parecer a solução mais adequada desde uma perspectiva que leve em conta a “gravidade” dos crimes contra a liberdade sexual, ou que acredita que um problema social tal qual a violência sexual e suas nuances de desigualdade de gênero devem necessariamente passar pela solução penal, por outro lado pode representar uma nova forma de violência contra a vítima. Resta então discutir como propiciar, no campo da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, tutelas jurídicas mais adequadas à vitimização sexual.

4. Caminhos para um sistema de ação penal mais atento à vitimização sexual

Os tópicos anteriores demonstraram as dificuldades de se aplicar os regimentos de ação penal presentes de forma genérica no Código Penal brasileiro, quando se trata dos crimes contra a liberdade sexual e da busca por equalizar os interesses das vítimas junto ao interesse social na persecução penal. De início, na empreitada por encontrar respostas, adota-se a perspectiva traçada por Larrauri (2005). Ao discutir a viabilidade ou não de se proteger a mulher através do processo penal, mesmo contra sua vontade, a autora aponta que, entre um sistema de crime público ou privado, há sempre a possibilidade de garantir a autonomia da vítima sem necessidade de se configurar um modelo puro, mas adaptando os recursos que sejam considerados mais convenientes. Assim, quando se trata de pensar o sistema penal para crimes de gênero, como o são os delitos sexuais, é preciso olhar para as especificidades que circundam a vida das mulheres e as diferentes formas de violências por elas sofridas, o que se distancia de tutelas genéricas pensadas por homens e dirigidas esses mesmos sujeitos, como historicamente se caracterizou e ainda se caracteriza o direito penal.

¹⁹Sobretudo levando em conta que o sistema de justiça criminal, embora prometa proteger as vítimas de violência sexual, absolve com muito maior frequência do que condena (ANDRADE, 2005).

Dessa forma, tanto a privatização total quanto a publicização absoluta desses crimes parecem não ser adequadas, pois consubstanciam tutelas totalizantes que não parecem coadunadas com uma abordagem feminista interseccional da violência de gênero, pela qual se retira a diversidade das experiências e realidades vivenciadas pelas mulheres em contextos de opressão. A perspectiva feminista releva a imprescindibilidade de políticas transversais no que diz respeito às questões de gênero, como no caso da violência contra as mulheres e, além disso, ajuda a demonstrar os prejuízos de regras e pressupostos universalizantes a elas (CAMPOS; CASTILHO, 2018, p. 286), como se vê nos moldes de ação penal privada e ação penal pública incondicionada.

Continuamente, a ação penal pública condicionada à representação parece então elucidar estratégia legal mais atenuada aos crimes em comento. Todavia, como se viu, necessita ser repensada desde o ponto de vista das mulheres e de suas experiências, a começar pelo prazo decadencial tão escasso para que a vítima represente. Quando se trata de uma violência tão íntima e tão delicada, como é a de caráter sexual, um lapso temporal de 6 (seis) meses para decidir sobre um processo tão impactante se torna incabível para mulheres que podem passar anos tendo suas violências silenciadas, até mesmo para pessoas mais próximas à elas.

Olhando para a maneira relacional e conjuntural com que vivem as mulheres, a fim de assimilar elementos naturais e sociais que são inacessíveis em olhares lastreados a partir de experiências tipicamente masculinas (MENDES, 2014), verifica-se então a necessidade de se rever um prazo decadencial como o presente no atual modelo de ação penal pública condicionada, no caso dos crimes sexuais. Afinal, a busca por fornecer maiores instrumentos decisórios para a mulher, no processo penal, não pode constituir, ao mesmo tempo, armadilha legal que pode acabar por inviabilizar a tutela penal pretendida.

Partindo ainda dessa perspectiva, e considerando a forte carga psicológica e emocional que circunda tanto as consequências da violência sexual, quanto as conjunturas em que ela ocorre, é imprescindível que haja uma rede de apoio e assistência à vítima devidamente consolidada também para amparar essas tomadas de decisões relativas ao processo, sejam elas relativas à sua instauração, à sua continuidade ou à prática de outros atos processuais aptos a impactarem sua vida. Especificamente sobre a representação criminal, Saffiotti (2004) coloca que constitui elemento de tratamento da mulher enquanto pessoa adulta e capaz de responder por suas ações, mas que precisa se ver acompanhada

de serviços de apoio e políticas de empoderamento. A existência desse suporte especializado poderia buscar aferir possíveis repressões, por parte do agressor, sobre as deliberações da vítima no processo, por exemplo.

Acredita-se também que, no caso dos crimes contra a liberdade sexual, mas também quando se trata dos crimes de gênero como um todo, é preciso um remodelar o formato da ação penal pública, a fim de se propiciar maior preocupação com a participação da vítima no processo, não somente limitada à possibilidade de representar ou não. Além disso, tendo em vista o quão reprodutor de crenças e práticas patriarcais se apresenta o sistema de justiça criminal, em especial na seara da vitimização sexual, é preciso buscar ir além da via penal pois, como endossa Mendes e Pimentel (2018), embora essa via ainda seja necessária para se enfrentar a violência de gênero, é preciso distanciar-se de qualquer apego à punição como primeira ou única medida.

5. CONCLUSÃO

Historicamente, é possível encontrar o forte androcentrismo presente na construção do Direito Penal brasileiro, que até os dias de hoje sustenta anacronismos e traz consequências no âmbito da dogmática e da prática jurídicas. No âmbito dos crimes sexuais, esse processo se torna ainda mais visível, e a análise de uma tutela jurídica mais direcionada para as vítimas – e menos para a sustentação de concepções patriarcais – deve levar em conta esse caráter histórico do sistema penal e das suas estruturas, inclusive no âmbito da ação penal.

Tendo esse aspecto em mente, foi possível perceber na condução do presente estudo, baseado no método endossado pela teoria crítica, a compreensão dos diferentes modelos de ação penal presentes na legislação brasileira na realidade da vitimização sexual e como, aplicados pura e simples tal dispostos no Código, mostram obstáculos e prejuízos às mulheres alvo de violência sexual. Seja sob a forma de maiores ônus processuais sob a vítima que já carrega o peso da experiência traumática sofrida com a prática do crime, seja o imperativo da atuação do sistema penal mesmo contra sua vontade, apto a potencializar a revitimização e as cifras ocultas tipicamente observadas nessa seara, retira-se a necessidade de se formularem respostas legais mais específicas.

Nesse sentido, os estudos sobre gênero e sistema de justiça criminal vêm ressaltando a importância de se repensar as estratégias de intervenção e proteção penal para as vítimas de violência de gênero, que levem em conta as diferentes experiências e realidades vividas pelas mulheres, ainda que não seja através desse sistema que se

alcançará a emancipação feminina. Trazendo para a reflexão da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, alguns caminhos puderam ser apontados, como o não cabimento de tutelas absolutas, bem como necessidade de se favorecer a autonomia das vítimas no processamento desses crimes, porém com instrumentos legais e políticas públicas mais favoráveis para a condução desse processo decisório.

Os altos índices que a violência sexual assume no Brasil e no mundo, e a grande margem dessas condutas que ainda permanece oculta, sem a possibilidade de que as vítima sejam ouvidas e auxiliadas, chama atenção para que se repensem as formalidades legais atinentes à ação penal desses crimes, na busca por priorizar a escuta da vítima e a superação da violência sofrida. É preciso olhar realmente para os seus anseios e necessidades, não como mera retórica para legitimar ainda mais a imposição da pena criminal, mas para que realmente as mulheres possam ser ouvidas como sujeitos, dentro e fora do sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. ver., ampl., e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ALFARO, Luis M. Reyna. Estudio final: la víctima en el sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George. **La víctima en el sistema penal: dogmática, proceso y política criminal**. Tradução: Luis M. Reyna Alfaro. Lima, PE: Grijley, 2006. p. 101-164.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania Patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, nº 50, pp. 71-10, jul./2005. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em: 14 set. 2020.

BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. pp. 19-80.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 146, p. 273-303, ago./2018.

CELIS, Jacqueline Bernat de; HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1993.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, nº11, março de 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadie st11.pdf. Acesso em 11 set. 2020.

COUTO, Maria Cláudia Giroto do. **Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade**: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

FILIPAS, Henrietta H.; ULLMAN, Sarah E. Predictors of PTSD Symptom Severity and Social Reactions in Sexual Assault Victims. **Journal of Traumatic Stress**, vol. 14, n. 02, p. 369-389, 2001. DOI: 10.1023/A:1011125220522. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3583013/>. Acesso em 14 set. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. Ano 13, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

GIDYCH; Christine A.; ORCHOWSKI, Lindsay M. To Whom Do College Women Confide Following Sexual Assault? A Prospective Study of Predictors of Sexual Assault Disclosure and Social Reactions. **Violence Against Women**, vol. 18, n. 03, p. 264-288, 2012. DOI: 10.1177/1077801212442917. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1077801212442917#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 14 set. 2020.

GRECO, Rogerio. **Código penal comentado**. 4 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GROENHUIJSEN, Marc. Victimological Aspects of Reporting and Not Reporting Crimes: a General Overview. In: TOLLEFSON, Tod (ed.). **Victimological Advances in Theory, Policy and Services**: a festschrift in honor of John Peter Joseph Dussich. Fresno, US: Dumont Printing, 2015.

HARRIS, Angela. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory, **Stanford Law Review**, vol. 42, n. 03, p. 581-616, fev./1990. DOI: 10.2307/1228886. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1228886>. Acesso em 14 set. 2020.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes. **Comentários ao código penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 4 ed. vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LARRAURI, Elena. Control formal y el derecho penal de las mujeres. In: LARRAURI, Elena (coord.). **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madrid: Editora Siglo Veintiuno España, 1994. p. 93-108.

LARRAURI, Elena. La mujer ante el Derecho Penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 02, p. 291-310, 1992.

LARRAURI, Elena. ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, 2.ª Época, n.º 12, p. 271-307, 2003.

LARRAURI, Elena. ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad? In: **Cuadernos penales José María Lidón**, Bilbao, n. 02, p. 157-182, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified**: Discourses on Life and Law. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1987.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: REVAN, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Soraia; PIMENTEL, Elaine. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 148, p. 305-328, ago./2018.

NOBRE, Marcos. Introdução: Modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.) **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. Estupro: direitos humanos, gênero e justiça. **Revista USP**, São Paulo, n. 37, p. 58-69, mar./mai. 1998. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/27033/28807>. Acesso em: 14 set. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. A palavra da mulher vítima de violência sexual. In: PIMENTEL, Silva (coord.); PEREIRA, Beatriz; MELO, Mônica de (orgs.). **Estupro**: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais**: bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SMART, Carol. **Feminism and the Power of the Law**. New York: Routledge, 1989.

SMART, Carol. **Women, crime and criminology**: a feminist critique. London: Routledge and Kegan Paul, 1976.