



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

LARA MACEDO RIBEIRO DE OLIVEIRA MUJALI

O GÊNERO E OS CRIMES SEXUAIS: analisando crimes sob a perspectiva de gênero

UBERLÂNDIA

2013

LARA MACEDO RIBEIRO DE OLIVEIRA MUJALI

O GÊNERO E OS CRIMES SEXUAIS: analisando crimes sob a perspectiva de gênero

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais - Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

Área de concentração: Antropologia e Sociologia

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Eliane Schmaltz Ferreira

UBERLÂNDIA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M953g Mujali, Lara Macedo Ribeiro de Oliveira, 1988-
2013 O gênero e os crimes sexuais : analisando crimes sob a perspectiva de
gênero / Lara Macedo Ribeiro de Oliveira Mujali. - 2013.

144 f.

Orientadora: Eliane Schmaltz Ferreira.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa
de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

Inclui bibliografia.

1. Sociologia - Teses. 2. Crime contra as mulheres - Teses. 3. Violência
contra a mulher - Teses. 4. Direitos das mulheres - Teses. I. Ferreira, Eliane
Schmaltz. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Gradua-
ção Ciências Sociais. III. Título.

CDU: 316

LARA MACEDO RIBEIRO DE OLIVEIRA MUJALI

O GÊNERO E OS CRIMES SEXUAIS: analisando crimes sob a perspectiva de gênero


Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais - Mestrado da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.
Área de concentração: Antropologia e Sociologia

Uberlândia, 28 de outubro de 2013.

Banca Examinadora:

→ _____ 

Prof.^a Dr.^a Eliane Schmaltz Ferreira (UFU/INCIS)

→ _____ 

Prof.^a Dr.^a Débora Regina Pastana (UFU/INCIS)

→ _____ 

Prof.^a. Dr.^a. Maria Elizabeth Ribeiro Carneiro (UFU/INHIS)

Prof.^a Dr.^a Dulcina Tereza Bonati Borges (PUC/Uberlândia)

AGRADECIMENTOS

Eu agradeço:

Ao *tempo*, por permitir que eu amadurecesse concomitantemente a este estudo, de maneira que pude perceber isto, à medida que fui fazendo e refazendo meu texto.

À *Universidade Federal de Uberlândia* que foi fundamental para o meu crescimento e a minha formação não apenas profissional, mas também como pessoa. Foram os anos que passei nesta universidade que me proporcionaram desbravar outras visões antes desconhecidas, foi nela que conheci pessoas inesquecíveis, dentre professores e colegas, foi a partir da convivência nessa universidade que abandonei preconceitos e tive oportunidades de conhecer e crescer.

À minha família, que somente ela sabe verdadeiramente o meu caminho e os percalços pelo qual passei para concluir este estudo. Minha mãe, *Izabel Cristina*, minhas irmãs, *Natália e Elisa*, que acompanharam de perto, ao me ouvirem, ao sofrerem algumas angústias, ao torcerem com o coração “na mão”, sentimento comum àqueles que torcem pelo sucesso de quem se ama. Eu amo muito vocês e obrigada por tudo. Obrigada ao meu pai, *José Flávio*, que mesmo distante aos meus olhos físicos, se faz tão presente nas pessoas que o amaram ao ponto que consigo vê-lo. Assim, presente em mim, pois a pessoa que eu sou é fruto do seu amor, do seu exemplo de ser humano, que moldaram também o meu caráter. Agradecerei a você, pai, por toda a minha vida....

A todos os meus professores, mas alguns em especial, que talvez até desconheçam o sentimento de admiração que tenho por eles, mas sinto isso de verdade, de forma que as lembranças das aulas estão vivas na minha memória e a saudade, vez ou outra, me faz reviver. Ao professor Márcio de Souza e à Professora Débora Pastana pelas críticas e sugestões que serviram para dar continuidade a esta dissertação, além de terem me motivado bastante. À professora Eliane Schmaltz, que me acompanha desde a faculdade, admiro sua competência, dedicação, pela mulher professora, pela mulher mãe e avó, pela mulher que transforma ao compartilhar o que sabe. Agradeço por ter sido sua aluna, sinto muito por aqueles que não terão essa oportunidade, suas aulas mexiam profundamente com o meu olhar para o mundo.

Aos meus *amigos e amigas*, a todos, àqueles que me acompanham desde a infância, aos amigos e amigas da faculdade, aos amigos e amigas do mestrado, cada pessoa em particular, pois por meio das conversas e das experiências em comum deixaram sua contribuição na conclusão desta conquista.

Aos meus *alunos*, que também desconhecem o quão foram importantes para o meu processo de amadurecimento à medida que escrevia. A experiência de ministrar aulas,

diante de todas as dificuldades que permeiam a educação no nosso país, foi decisiva como contribuição para este trabalho.

Agradeço à professora Maria Elizabeth Ribeiro Carneiro por aceitar a fazer parte desta banca e dispor de seu tempo para compartilhar deste momento e de seu conhecimento.

Aos servidores do curso de Ciências Sociais que são peças fundamentais para andamento e consecução de todos os trabalhos. Agradeço por terem me tratado sempre de forma gentil, por terem tido paciência em ajudar quando precisei. Em especial agradeço à Edvandra, porque sempre me ajudou em tudo, sendo um “anjinho” em algumas ocasiões.

RESUMO

Este trabalho se propõe analisar, a partir de uma perspectiva de gênero, como o tratamento jurídico aos crimes sexuais do Código Penal Brasileiro vigente foi alterado historicamente. Logo, é importante contextualizar a sociedade brasileira a partir da compreensão das influências da luta do Movimento Feminista no Brasil, assim como demonstrar o processo de alteração na redação dos crimes sexuais no Código Penal de 1940 e analisar isso a partir de uma perspectiva de gênero. Diante disso, o objeto de estudo deste trabalho é analisar como se deu historicamente no Brasil essas alterações no tratamento jurídico, em uma perspectiva de gênero, dos crimes previstos no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual” do Código Penal Brasileiro, a partir de 1940 até os dias atuais. Para este estudo, fez-se uma análise comparativa das alterações com alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, que são decisões paradigmas, logo, possuem maior poder para gerar qualquer tipo de mudança social. Sendo assim, as perguntas que orientam esta pesquisa são: houve alguma influência direta de uma experiência histórica no contexto social brasileiro para a alteração dos crimes sexuais em uma perspectiva de gênero? As leis e especificamente os crimes sexuais à medida que sofrem alterações na sua redação estão sendo influenciados pelo contexto social concomitantemente agindo sobre esse mesmo contexto? As alterações nas redações dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 representam um avanço que abarca o conceito de gênero e as relações de gênero?

PALAVRAS-CHAVE: Gênero, crimes sexuais, Código Penal de 1940, sexualidade, direito.

ABSTRACT

This study aims to analyze, from a gender perspective, as the legal treatment of sexual crimes Brazilian Penal Code was amended effective historically. Therefore, it is important to contextualize Brazilian society from the understanding of the influences of the struggle of the Feminist Movement in Brazil, as well as demonstrate the process of change in the wording of sexual offenses in the Criminal Code of 1940 and analyze it from a gender perspective. Thus, the object of this paper is to analyze how was historically in Brazil these changes in the legal treatment in a gender perspective, the crimes provided for in Title VI "Crimes against sexual dignity" of the Brazilian Penal Code, as 1940 to the present day. For this study, it was made a comparative analysis of changes with some judged the Supreme Court decisions that are paradigms thus have greater power to generate any kind of social change. Thus, the questions guiding this research are: was there any direct influence of a historical experience in Brazilian social context for change of sex crimes in a gender perspective? Laws and specifically sexual crimes as are changes in their writing are being influenced by the social context simultaneously acting on this same context? Changes in newsrooms sexual crimes of the Criminal Code 1940 represent a breakthrough that embraces the concept of gender and gender relations?

KEYWORDS: Gender, sexual crimes, Criminal Code of 1940, sexuality, right

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	25
CAPÍTULO I	
O Direito, o Crime e a Sociologia Jurídica	31
1. O Direito na perspectiva de Durkheim e Weber	31
2. O direito positivo, a mudança social e jurídica	40
3. Sobre o crime em duas perspectivas	51
4. O Código Penal brasileiro – breve histórico	54
CAPÍTULO II	
Gênero e sexualidade	58
1. Os momentos da teoria feminista	58
2. Gênero: teorias que constroem este conceito	59
3. A violência de gênero no Brasil	77
4. A categoria <i>sexualidade</i>	83
5. O Movimento Feminista e seus reflexos no Brasil	92
CAPÍTULO III	
Análise comparativa da redação dos crimes sexuais com as decisões	101
1. Décadas de 1940 a 1990	101
a. Das decisões judiciais das décadas de 40 a 90	102
b. Dos comentários ao Código Penal de 1940	108
2. Décadas de 1990 a 2000	113
a. Das alterações ao Código Penal - Lei nº 8.069 de 13 julho de 1990, Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 e Lei nº 9.281 de 04 de junho 1996	113
b. Das decisões judiciais da década de 90	114
3. Sentenças a partir de 2000	116
a. Das alterações ao Código de 1940	116
i. Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001	116

ii. Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005	119
iii. Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006	122
iv. Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009	124
v. Lei nº 12.650 de 17 de maio de 2012	130
b. Das decisões judiciais a partir de 2000.....	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS	144
ANEXOS	147
Anexo A – Código Penal de 1940 – Redação dos crimes sexuais e suas alterações ...	148
Anexo B – Trechos de decisão do STF da década de 40 - Habeas-corpus nº 35.329. Brasília, DF, 23 de abril de 1948.....	157
Anexo C – Trechos de decisão do STF da década de 50 - Habeas-corpus nº 32.035. Brasília, DF, 04 de junho de 1952.....	171
Anexo D – Trechos de decisão do STF da década de 60 - Habeas-corpus nº 45.958. Brasília, DF, 10 de setembro de 1968	182
Anexo E – Trechos de decisão do STF da década de 70 - Habeas-corpus nº 56.089-0. Brasília, DF, 25 de abril de 1978.....	187
Anexo F – Trechos de decisão do STF da década de 80 - Recurso de Habeas-corpus nº 66.989. Brasília, DF, 08 de novembro de 1988.....	194
Anexo G – Trechos de decisão do STF da década de 90 - Recurso Especial nº 79201. Brasília, DF, 24 de março de 1997	199
Anexo H – Trechos de decisão do STF a partir de 2000 - Inquérito nº 2.033-8. Brasília, DF, 16 de junho de 2004.....	207

A legislação e o Direito, como sinônimos do conjunto de leis de uma sociedade, são o que determina a todos os cidadãos seus direitos, deveres, suas obrigações e as punições para aqueles que cometem crimes ou contravenções. Desta forma, cada nação estabelece seus códigos, sua forma de organização administrativa do aparelho judiciário, as funções e as competências.

Diante disso, é evidente que as leis de cada país ou de cada sociedade ou grupo social, não são iguais, uma vez que não contêm os mesmos artigos dispendo sobre as mesmas regras, pois cada país possui sua cultura, forma de organização social, religião, localização e história, fatores que influenciam na construção dos costumes, da moral, e, conseqüentemente, na elaboração do conjunto de leis que compõem as normas de cada país.

Logo, para compreender e conhecer uma sociedade em determinado aspecto, é necessário estudar como se procedem às leis, os costumes, a moral, a sua organização social, econômica e outras características. Assim, ao se estudar leis e códigos brasileiros sob uma perspectiva sociológica, pode-se verificar o perfil dessa sociedade no que tange a determinados comportamentos, tais como: preconceito, machismo, patriarcalismo, desigualdades de gênero, classe, etnia.

Nesse sentido, Angélica de Maria Mello de Almeida (2002) destacou a importância de discutir a questão de gênero dentro do poder judiciário. Ela elaborou reflexões sobre o perfil da mulher na legislação penal, mostrando até que ponto ela é protegida como pessoa, assegurando-lhe a dignidade.

[...] examinarmos como a mulher é colocada na legislação penal, seja no código penal, seja nas leis especiais, seja até mesmo no código de processo penal. Temos que examinar em que medida a lei penal protege a mulher como pessoa humana e assegura a ela sua condição de mulher, sua dignidade de pessoa. (ALMEIDA, 2002, p. 67).

Para a autora, ao se fazer uma simples leitura da legislação penal (incluindo código penal, leis especiais e código de processo penal), é possível verificar que se adota um critério biológico em relação à mulher, mas, neste trabalho, interpreta-se este critério sob uma perspectiva sociológica, que esse critério não é baseado no fator biológico, mas, sim, em uma construção cultural, histórica e social. Ou seja, esta seletividade estaria fundamentada em relação ao gênero, de forma que as redações dos crimes sexuais¹ impunham (ou ainda

¹ Vale ressaltar que, quando Almeida participou do evento do qual resultou a obra *Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência*, a redação dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 não era a mesma que está vigente hoje, pois a obra é do ano de 2002, momento anterior a algumas alterações na redação do código. Por

impõem) determinadas circunstâncias e condições para garantir a proteção da mulher, baseando-se em critérios morais e físicos e não na sua condição como pessoa.

Algumas formas jurídicas de proteção eram carregadas de valor simbólico, como as expressões “mulher virgem”, “mulher honesta”, de forma que seu direito de tutela na legislação não era por sua condição como pessoa, mas, sim, por sua conduta em relação ao homem.

Da mesma forma, partindo da premissa relacional do conceito de gênero, podemos pensar que, na legislação penal, quando se protegia (ou ainda protege) a mulher pautando-se em critérios morais e físicos, alguns tipos penais e crimes também escondiam uma seletividade de gênero em relação aos homens, ao individualiza-los como sujeitos de alguns crimes e nunca vítimas. Por exemplo, o crime de estupro, na sua redação antiga, dispunha que apenas o homem podia ser autor e a mulher, a vítima. O que representa isso senão uma seletividade de gênero com base em critérios físicos?

Para que certa conduta corresponda a algum crime, ela deve preencher todos os requisitos previstos no artigo que define o crime, caso contrário, não há crime. A autora apresenta como exemplo o crime de posse sexual, em que o artigo garante a proteção da mulher, desde que o crime tenha sido cometido mediante violência, fraude e tenha sido contra mulher honesta. Caso um destes requisitos não exista, não se configurará crime, e essa mulher não receberá a proteção da lei.

Como já citado, a autora se refere à redação antiga. Com a atualização do Código Penal, a condição do tipo penal “mulher honesta” que definia o crime de posse sexual, foi substituído por “alguém”, portanto, é uma alteração importante para ser analisada neste trabalho.

Para Almeida (2002), a partir da exigência de que, para que houvesse crime, a mulher deveria ser honesta, demonstra-se o valor simbólico que o conceito de mulher carregava e o qual exteriorizava uma condição de inferioridade e assimetria nas relações entre homens e mulheres, que era reproduzida e reforçada pela norma penal. Para a autora, o direito deveria se prestar a ser um transformador social e não um reproduzidor das desigualdades socialmente construídas.

A norma penal não faz mais do que reproduzir a assimetria das relações sociais entre homens e mulheres. Ela reforça, na medida em que está vigente

isso, quando a autora se refere ao texto da lei ela está se remetendo à redação antiga dos crimes sexuais e não à atual.

ou pelo menos “está em vigor”, essa relação de dominação entre homens e mulheres. (ALMEIDA, 2002, p. 69).

Almeida (2002), no momento histórico da época em que elaborou sua explanação, destacou que, dentre os 300 e mais artigos do Código Penal e das leis esparsas, não havia um tipo penal que estabelecesse proteção ao bem fundamental da igualdade e muito menos alguma lei que enfocasse o gênero. Atualmente, com a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, há um debate sobre se esse quadro começa a mudar, uma vez que a lei, além de citar o conceito de gênero, é uma ação legislativa que busca promover uma igualdade material na relação entre homem e mulher, quando prevê uma proteção especial para as mulheres. Ademais, caberia questionar qual o sentido atribuído ao “gênero” ou o que legislador pretendia ao trazer este conceito na redação desta lei.

Para a autora, era possível questionar se a redação dos crimes sexuais daquela época, em 2002, teria sido recepcionada pela Constituição Federal e Tratados Internacionais, e se promotores, juízes, advogados poderiam interpretá-la à luz da condição da mulher no século XXI, que não é o mesmo momento histórico no qual o Código Penal de 1940 foi elaborado, uma vez que, conforme ensina Miguel Reale (1996), o Direito tem seu aspecto normativo e valorativo de justiça, mas ele também é um fato social e histórico, de forma que, por meio de uma “dialética de complementariedade”, o direito como fato e o direito como valor se correlacionam de tal modo que se realizam no Direito como estrutura normativa.

Por fim, a autora destaca a importância dos julgados para que se processe uma transformação não só social, mas também no campo jurídico, quando os julgados e suas sentenças representam decisões reiteradas sobre determinado tema e passam a defender uma postura, um direito.

Vale ressaltar que a jurisprudência, isto é, decisões e julgados dos órgãos colegiados, são contemplados, hoje, como uma das fontes do direito. Por isso, a autora enfatiza que este é um processo de mutação lento, mas necessário, podendo um voto minoritário ou um julgado minoritário modificar a forma de pensar e ganhar mais adeptos, pois estamos sempre mudando e aprimorando nossa forma de pensar.

Assim como Almeida, Valéria Pandjjarjian também critica a redação do Código Penal, ao extinguir a punibilidade do crime pelo posterior casamento da vítima com o agente ou com terceiros, na busca de preservar ou reparar a honra da mulher. Em contrapartida, há ainda alguns estudiosos do Direito que coadunam com essa ideia, em pleno século XX, pois Magalhães Noronha (2003) defende que as relações sexuais são pertinentes à vida conjugal,

constituindo dever e direito recíproco, de forma que a violência por parte do marido não pode constituir crime de estupro.

Pandjjarjian cita como exemplo, em especial, os artigos do Título VI “Dos crimes contra os costumes”, do Código Penal, afirmando se tratar de dispositivos discriminatórios, que atentam contra a igualdade e liberdade sexual da mulher em relação ao homem, “além de negar sua capacidade de discernimento a respeito do exercício da sexualidade e de domínio sobre o próprio corpo.” (PANDJIARJIAN, 2002, p. 87).

Para Pandjjarjian (2002), ao se exigir a qualidade de mulher honesta para configuração de crimes, a legislação penal estava discriminando, pois não se prescrevia esse requisito quando as vítimas eram os homens. Além disso, o conceito de mulher honesta que se apresentava na redação desses crimes não faz mais sentido no contexto social atual, em que os valores sociais são outros. Exaltam-se a autonomia, a liberdade e a igualdade da mulher.

Vale assinalar, mais uma vez, que o Código Penal foi atualizado, recentemente, pela Lei nº 12. 015 de agosto de 2009, alterando a redação dos artigos correspondentes. Atualmente, o título que correspondia “Dos crimes contra os costumes” foi substituído pelo “Dos crimes contra a dignidade sexual”, não havendo mais, na redação dos artigos, menção aos requisitos anteriormente criticados, como “mulher honesta”, “mulher virgem”. O termo usado pela nova redação é “alguém”. Então, sob uma perspectiva de gênero, cabe, neste trabalho, pesquisar como se deu o processo legislativo e social na sociedade brasileira que resultou nessa e em outras alterações.

Ao citar a Constituição Federal de 1988 como uma lei que protege a não discriminação, destacando as transformações sociais ocorridas no decorrer do século XX pelo novo modelo de justiça do direito internacional dos direitos humanos, Pandjjarjian (2002) afirmou que a legislação nacional estava em débito temporal e ideológico, além de precisar de reformas imediatas.

A autora não se restringe à análise da legislação nacional. Para ela, os processos judiciais persistem nos preconceitos de sexo, classe e raça/etnia, e inclusive são encontradas decisões que utilizam de termos como “boa mãe” e “mulher honesta”.

As discriminações que persistem devem-se, sobretudo, aos padrões de cultura presentes na sociedade e refletidos – em maior ou menor grau – nas práticas jurídicas institucionais.

[...]

Ainda, no discurso judicial, revela-se em geral uma violência simbólica, pela expressão de uma dupla moral no que diz respeito às exigências comportamentais feitas às mulheres, já que seu comportamento é avaliado em função de uma adequação a determinados papéis sociais, em que pesos

distintos são atribuídos às atitudes praticadas pelos homens e mulheres. (PANDJIARJIAN, 2002, p. 89).

Contudo ela acentua que, ao pesquisar em processos judiciais, as decisões compõem um universo heterogêneo, pois cada juiz segue e interpreta a lei à sua maneira. Sendo assim, ora essas decisões representam um avanço, quando se afastam da aplicação de normas discriminatórias, baseando-se no princípio da igualdade constitucional, ora representam um retrocesso, uma vez que a vigência de normas discriminatórias possibilita que sejam utilizadas para fundamentar legalmente as decisões.

Pandjarian (2002) concorda com Almeida (2002), quando enfatiza a relevância da atividade jurídica com suas decisões judiciais e jurisprudência não como mais uma fonte de direito, mas como sua principal fonte de direito material, pois elas inspiram e legitimam práticas que se estendem para toda a sociedade e passam a ser condicionantes para outras práticas sociais. Em virtude dessa característica, é que, na pesquisa desta dissertação, far-se-á uma análise comparativa entre os momentos históricos das alterações nas redações dos crimes sexuais com algumas decisões dos tribunais superiores.

A antropóloga brasileira, Mariza Corrêa (1983) elaborou um trabalho importante no que tange às relações de gênero, pois, em seu estudo, ela destaca a construção social dos papéis sexuais numa sociedade de classe, argumentando como, a partir de distinções de gênero, ocorre uma ordenação desigual destes papéis.

Para o seu estudo, Corrêa (1983) analisa o mecanismo de mediação (judiciário) como reprodutor dessa ordenação específica de papéis sexuais, em que os processos judiciais sancionam uma estrutura de relações entre marido e mulher, que, por ser de natureza desigual, necessariamente, gera violência, e que a diferença de direitos gera uma situação de desigualdade e dominação das mulheres pelos homens.

Em seu livro *Crimes da Paixão*, Corrêa (1981) estudou a relação entre homem e mulher com o crime passionai, fazendo uma análise histórica dos Códigos Penais Brasileiros, do tribunal do júri e da reação da sociedade aos crimes cometidos etc.

A autora questiona por que alguns crimes têm o privilégio da impunidade, o que faz com que a sociedade e a justiça legitimem alguns atos de violência e qual a associação disso com o processo de socialização da mulher.

Ela comentava em seu livro, escrito na década de 80, a escassez de pesquisas sobre a violência contra a mulher que pudessem fornecer dados sobre números de mulheres violentadas, espancadas, mortas, sobre o contexto social no qual estão inseridas. Porém estas

pesquisas estão sendo desenvolvidas atualmente, de forma a contribuir para um melhor conhecimento desta realidade, apesar de que sempre haverá dados dessa realidade que não chegarão ao conhecimento das instituições, como também do pesquisador, é o que se denomina por cifra oculta.

No momento do contexto histórico em que Mariza Corrêa (1981) escreveu o livro estava em tramitação a discussão para que o adultério deixasse de ser considerado crime, o que a autora defendia. Isto é um detalhe que ilustra as mudanças na sociedade e também na legislação, já que atualmente o adultério não é um crime pelo Código Penal Brasileiro.

Mariza Corrêa (1981) analisou historicamente os Códigos Penais, com o objetivo de entender a associação entre homem e mulher e o crime passional. Assim, ela traçou um histórico dos Códigos Penais brasileiros, acompanhando o desenvolvimento e as mudanças que ocorreram até chegar ao Código Penal que foi promulgado em 1940. Para ela, o Código Penal de 1830 progrediu em relação às Ordenações Filipinas, que era um conjunto de leis para Portugal e suas colônias. No Código Penal de 1830, já se colocava em pauta o impasse do direito a igualdade, aquela igualdade perante a lei (formal) e aquela igualdade real, mas apesar disso, ainda era um código bastante discriminatório com respeito ao tratamento dado às mulheres.

O Código Penal de 1890 trouxe como novidade a irresponsabilidade pelos atos, que se trata de algumas pessoas não poderem responder pelos seus atos por serem incapazes, seja porque ainda são imaturas ou são doentes, por possuírem distúrbios mentais, físicos ou emocionais.

Em virtude dessa novidade do Código Penal de 1890, a defesa dos assassinos de crimes passionais passou a ser justificada, porque agiram movidos pela paixão.

Com o Código Penal de 1940, o qual é o objeto de análise desta dissertação, a emoção e a paixão não eram mais justificativas capazes de excluir a representação criminal, mas passavam a ser motivo de redução de pena, isto é, o crime passional passou a ser encarado como um homicídio privilegiado².

Outro trabalho que faz uma análise interdisciplinar entre o Direito e a Sociologia é o livro de Sueann Caulfield (2000), no qual ela analisou a forma como os juristas brasileiros, durante o Império e a República, tentavam modernizar a ideia de defesa da honra,

² Atualmente, a figura de homicídio privilegiado ainda existe no Código Penal. Ela se configura quando o agente pratica o ato preenchendo alguma circunstância prevista como privilegiadora do crime, de forma que, se este for o entendimento daqueles que julgam a conduta do agente, este terá o privilégio de ter sua pena reduzida. A circunstância privilegiadora existe em outros tipos penais, que não somente no crime de homicídio. Por exemplo, no crime de furto, se o réu for primário e a coisa furtada for de menor valor, a pena dele pode passar de reclusão para detenção e diminuída de 1/3 para 2/3.

especialmente a honra sexual. Ela, a partir de outros trabalhos, traçou a evolução dos debates jurídicos sobre a honra nos diferentes âmbitos da lei. Diante disso, não só examinou os códigos, tanto criminal quanto civil, que estabeleciam regras sobre a honra das famílias, como também pesquisou as diversas interpretações que os juristas davam para essas regras, sem entrarem em um consenso.

Ao analisar a transformação das noções legais sobre a honra da família, essa autora evidenciou a relação entre os discursos sobre gênero e os processos de amplas mudanças sociais, culturais e políticas.

O trabalho de Caulfield, ao estudar os diferentes sentidos da honra sexual, não se restringiu apenas à legislação à interpretação dos juristas. Ela buscou uma análise a partir de outros atores sociais, como políticos, policiais, médicos, pessoas comuns, dentro do espaço da cidade do Rio de Janeiro, no período de tempo entre as décadas de 1920 e 1940.

Nesta dissertação, a análise centra-se no tratamento jurídico dispensado a alguns crimes específicos do Código Penal Brasileiro vigente e como foram alterados, historicamente, mediante um enfoque das relações de gênero. Logo, é importante contextualizar a sociedade brasileira e as mudanças que possam ser significativas para compreender a expressão e o impacto da luta do Movimento Feminista no Brasil, assim como o processo de conscientização no âmbito jurídico e social quanto às discriminações de gênero existentes na redação antiga desses crimes e suas consequências. Além disso, cabe estudar de forma comparativa a aplicação dessa legislação sobre crimes sexuais, mediante da pesquisa de sentenças e julgados do órgão colegiado o Supremo Tribunal Federal.

Antes de o Código Penal atual entrar em vigor, outras legislações penais e codificações existiram no Brasil, cujas redações sobre os crimes sexuais são de grande importância para este estudo. Contudo, é preciso fazer um recorte que atenda ao objetivo do trabalho, que é acompanhar as alterações dos crimes sexuais no Código Penal de 1940. O Código Penal consiste em um conjunto de artigos que tipificam os crimes, ou atos que são considerados crimes na nossa sociedade. Contudo nem todos os artigos tipificam condutas criminosas, há alguns artigos que são meramente explicativos, e outros estipulam penas, as causas de aumento (agravantes e qualificadoras) ou diminuição (atenuantes e privilegiadora), entre outras sistemáticas relevantes para analisar o tratamento jurídico (no âmbito penal) por um perspectiva de gênero.

Tal Código foi elaborado em 1940 e entrou em vigor em 1942. Desde então, sofreu alterações no texto de seus artigos com base em outras leis, visando acompanhar as demandas e transformações da própria sociedade. Todas as alterações na redação dos crimes

sexuais foram detidamente estudadas nesta pesquisa para que se possa averiguar se os avanços dos estudos e discussões sobre as relações de gênero tiveram algum impacto ou influenciaram as mudanças no tratamento jurídico dado às mulheres e aos homens envolvidos pela violência sexual e criminal.

Como o objeto de estudo empírico desta dissertação é a redação dos crimes sexuais, fez-se um apanhado das alterações promovidas nesta parte (dos crimes sexuais) do Código Penal de 40 até os dias atuais. Aproximadamente após 50 anos da vigência do Código de 40, surgiram as primeiras Leis que alteraram a redação dos crimes sexuais: a Lei nº 8.069, de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei nº 8.072, de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos.³

Em seguida, a Lei nº 9.281, de 1996, revogou alguns artigos dos que constituíam a redação dos crimes sexuais, e a Lei nº 10.224, de 2001, incluiu o tipo criminal “assédio sexual”. Em 2005, a Lei nº 11.106 alterou a redação de alguns artigos e acrescentou outros; no ano seguinte, em 2006, entrou em vigência a Lei nº 11.340 – Lei Maria da Penha, que prevê a violência sexual como uma forma de violência doméstica e familiar contra a mulher. Cabe ressaltar que esta lei cita, pela primeira vez na história da legislação brasileira, a expressão “gênero”.

Em 07 de agosto, de 2009, a Lei nº 12.015 entrou em vigência e alterou o texto do próprio Título VI, que trata dos crimes sexuais e de outros artigos, revogando alguns. Em 2012, a Lei nº 12.650 alterou a prescrição para crimes cometidos contra crianças e adolescentes. O quadro, a seguir, traz o intervalo de tempo dessas alterações, o ano em que ocorreram, assim como quais foram as leis que alteraram o Código Penal na redação dos crimes sexuais.

Ano de alteração	Lei que alterou a redação do Código Penal	Intervalo de tempo
Código de 1940	Decreto Lei nº 2848	
1990	Lei nº 8.069 e Lei nº 8.072	50 anos
1996	Lei nº 9.281	06 anos
2001	Lei nº 10.224	05 anos
2005	Lei nº 11.106	04 anos

³ A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou um parágrafo único no art. 213 do Código Penal, o qual agrava a pena para os crimes de estupro cometidos contra menor de catorze anos. Na redação atual dos crimes sexuais, este parágrafo foi revogado. A Lei nº 8.072 de 25 de julho do mesmo ano dispõe sobre os crimes hediondos, e enquadrando o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes hediondos, agravando a pena do estupro e criando uma causa de aumento quando o crime fosse cometido contra as pessoas descritas no art. 224 do Código Penal. Estas alterações também foram revogadas na redação atual.

2006	Lei nº 11.340 – Violência sexual	01 ano
2009	Lei nº 12.015	03 anos
2012	Lei nº 12.650 - Prescrição para os crimes e sexuais contra menores de 18 anos	03 anos

O Código Penal, assim como outras importantes leis brasileiras, como a própria Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, entre outros, proporcionariam análises incisivas a respeito tanto do gênero como de outras categorias sociais como classe e raça/etnia. Contudo, como já assinalado, é necessário fazer um recorte para aprofundar o que se pretende estudar.

Diante disso, o objeto de estudo deste trabalho é analisar como se deram no Brasil, historicamente, essas alterações no tratamento jurídico, em uma perspectiva de gênero, dos crimes previstos no Título VI, “Dos crimes contra a dignidade sexual”, do Código Penal Brasileiro, a partir de 1942 até os dias atuais, buscando, mais especificamente, os crimes contra a liberdade sexual, crimes contra vulnerável e o crime de rapto, incluindo, também, o estudo do crime de violência sexual previsto na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sem deixar de relacionar isto com a violência⁴ de gênero, cuja proteção esta lei se propõe a garantir.

Atualmente, o conceito de gênero não está acabado. Como qualquer outro conceito, ele está em constante transformação e em construção, mas é certo que, na década de 40, quando o Código Penal hodierno foi criado, não havia toda produção científica e experiência histórica que se tem hoje tanto do conceito de gênero, quanto das relações de gênero. A questão, então, que se propõe a estudar neste trabalho é investigar se há alguma ligação entre a transformação e a consolidação desse conceito e das relações sociais, que ele explica, com as alterações na redação dos crimes sexuais e adentrar mais detidamente no conteúdo dessa interligação.

Sendo assim, as questões que orientaram o caminho percorrido por esta pesquisa foram: houve alguma influência direta de uma experiência histórica no contexto social

⁴ Saffioti (2002) apresenta a distinção entre as expressões violência contra a mulher e violência doméstica. A violência contra a mulher é uma expressão mais abrangente do que a violência doméstica, em que os agentes não são apenas aqueles que mantêm alguma relação com a mulher de parentesco ou de conjugalidade, abrangendo relações com qualquer desconhecido. A violência doméstica implica a violência que acontece contra a mulher no ambiente familiar e em convivência com parentes, e pode acontecer de a violência ocorrer em casa com pessoas que convivem junto, mas que não possuam laços consanguíneos e sim laços de afinidade, e vice-versa. A violência de gênero não se restringe à violência que acontece por consequências de uma relação assimétrica entre homem e mulher, pois é um conceito que engloba as expressões anteriores e inclui a circunstância de que o sujeito da violência possa ser ora agente ora objeto da violência, ou ambos simultaneamente, não restringindo a violência aos homens.

brasileiro para a alteração dos crimes sexuais em uma perspectiva de gênero? Pode-se afirmar que as alterações na redação dos crimes sexuais são influenciadas pelo contexto social na medida em que, dialeticamente, também o influencia? As alterações nas redações dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 representam um avanço que abarca o conceito de gênero e as relações de gênero? As decisões dos órgãos colegiados caracterizam uma reprodução do pensamento do contexto social brasileiro e da legislação brasileira, no que tange aos crimes sexuais, ou, por se tratarem de estudiosos, suas decisões são inovadoras e transformadoras? Ao mesmo tempo, até que ponto essas decisões influenciam no pensamento e conduta de uma sociedade em relação a determinado tema?

Para este estudo, inicialmente, faz-se um construção teórica antes de adentrar sobre a análise da redação dos crimes sexuais e seu tratamento jurídico sob uma perspectiva de gênero. Por isso, é interessante fazer um apanhado sobre os conceitos fundamentais, tais como o Direito como um sistema normativo e o direito como norma e fato social, o crime para uma análise sociológica e o crime para uma visão jurídica; o Direito Penal do Brasil, traçando um breve histórico dos Códigos Penais vigentes em dado momento do contexto social brasileiro.

No primeiro capítulo deste trabalho, far-se-á um apanhado sobre o direito, o crime e os códigos penais que já existiram no Brasil. Em seguida, será feita uma análise do conceito de Direito sob a perspectiva e a obra dos clássicos da Sociologia, Durkheim – *Da divisão social do trabalho*, *Lições de sociologia* e *As regras do método sociológico*; e Weber – *Ensaio de sociologia e outros escritos*, *Economia e sociedade* e outros autores que abordam o Direito/direito em suas teorias, buscando de que forma o pensamento de cada um poderia contribuir para esta pesquisa no que tange ao direito e ao crime. Em seguida, dissertar-se-á sobre a sociologia jurídica a partir da obra de Niklas Luhmann (1985) – *Sociologia do direito II*, e de Miguel Reale, *Filosofia do Direito* (1999), *Lições Preliminares de Direito* (1996), já que ambos elaboraram conceitos importantes para a sociologia jurídica, como o de positividade. Luhmann apresenta outra ideia sobre positividade, diferente da conotação que vários juristas utilizam, ele ensina que é justamente a possibilidade da norma ser positiva que lhe garante capacidade de sofrer mudanças sociais. Reale, também, traz outra reflexão sobre o conceito de positividade relacionada a outros dois conceitos, vigência e eficácia, como meios de efetivar os valores concretos da convivência social, e, ao fazer isso, deixa claro o aspecto histórico, social e cultural do Direito.

Como já foi destacado, o conceito sociológico de Direito baseou-se em autores clássicos, como Durkheim e Weber. O conceito de crime buscou tanto a perspectiva

sociológica clássica (Durkheim) como a jurídica, mediante o pensamento de Claux Roxin em *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal* (2007). Essas duas perspectivas, a sociológica e a jurídica, foram importantes para a análise que se realizou.

Para compreender o Código Penal atual e como se chegou até a sua elaboração, foi necessário fazer um breve histórico sobre os Códigos Penais brasileiros a partir da obra de Paulo Amador Bueno (2000) – *Notícia histórica do Direito Penal no Brasil*, que demonstra como os marcos históricos foram grandes influenciadores para a criação de novos Códigos. Ressalta-se que houve Códigos Penais anteriores, por mais que o recorte desta dissertação não inclua a análise de todos esses Códigos. Isto é interessante para demonstrar a mudança na legislação penal do Brasil, isto é, outros Códigos tiveram vigência em distintos contextos históricos sociais deste país. O autor assinala que analisar pormenorizadamente os institutos presentes nesses Códigos permitiria conclusões valiosas de cunho científico no âmbito da legislação penal.

Nesta dissertação, propõe-se, justamente, pesquisar detalhadamente os crimes sexuais na sua redação original, até os dias atuais, para pesquisar sobre as alterações legislativas que aconteceram nesses crimes sexuais e compará-las com as decisões dos órgãos colegiados, para, enfim, analisar o tratamento jurídico em uma perspectiva de gênero.

No segundo capítulo, é oportuno a discussão das categorias/conceitos como sexualidade, gênero, sexo, cultura, mulher, homem, entre outros. A articulação entre o conceito de gênero e sexualidade fez-se necessária para a análise dos crimes sexuais, assim como compreender a violência de gênero, por ser a violência sexual uma de suas formas.

Vê-se o quão rica é essa discussão do conceito de gênero, que não se resume em demonstrar que sexo e gênero são duas categorias diferentes. Para isso, utilizam-se as obras das autoras como Judith Butler (2008) – *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*; Chantal Mouffe (1992) - *Feminismo, cidadania e política democrática radical*; Jane Flax (1991) - *Pós-modernismo e política* e outras.

Em seguida, faz-se um breve relato sobre o movimento feminista, discorrendo sobre sua origem e suas lutas, para averiguar as possíveis influências desse movimento no contexto social do Brasil, no período histórico da década de 40 até os dias atuais, inclusive para buscar se há algum fato histórico concreto ligado ao movimento feminista, de reivindicações de direitos, que se refletiu nas alterações das redações dos crimes sexuais ou nas decisões dos órgãos colegiados.

O terceiro capítulo refere-se à união das pesquisas teóricas com a documental feita nas redações dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 e nos comentários sobre essa lei e

às decisões dos órgãos colegiados. Ainda traz a análise conclusiva do problema deste trabalho, que é aprofundar-se nas imbricações entre essas transformações na redação dos crimes sexuais com as transformações na sociedade brasileira, quanto às relações de gênero e ao próprio conceito de gênero. Procurou averiguar se o Direito/direito e os intérpretes e estudiosos da legislação penal atuaram como transformadores ou meros reprodutores das desigualdades de gênero. Verificou-se se houve influência das teorias e avanços nos estudos sobre o conceito de gênero, assim como nas transformações do contexto social, para as alterações na redação dos crimes sexuais.

Por fim, as considerações finais fazem um breve apanhado de todo o caminho percorrido para a realização desse conhecimento sobre a relação entre categorias como as leis, o crime, a sexualidade, o gênero, a sociedade brasileira entre outras, de forma a averiguar sobre as questões levantadas, se elas condizem com a realidade e, em caso afirmativo qual a fundamentação apresentada na pesquisa que conduz a isso, ou seja, é a conclusão da pesquisa.

Todo o trabalho científico utiliza um método de pesquisa, que é o caminho seguro para chegar a uma conclusão sobre o estudo que se pretende concretizar. Buscam-se a solução e a resposta para um problema teórico. Conforme Odília Fachin (2006), o método é o instrumento do conhecimento para os pesquisadores, é o planejamento da pesquisa, que implica a formulação de hipóteses, interpretação de resultados, coordenação das investigações. É a sistematização de procedimentos para explicar o estudo e a pesquisa que se visa realizar.

Todo trabalho científico deve ser baseado em procedimentos metodológicos, os quais conduzem a um modo pelo qual se realiza uma operação denominada conhecer, outra agir, e outra fazer. Tais operações são desempenhadas pelo ser humano a fim de desenvolver adequadamente um estudo. (FACHIN, 2006, p. 26)

É a mediante o método que a pesquisa imprime maior garantia de coerência e validade, pois ele é selecionado a partir da natureza do objeto que se busca investigar. Apesar do uso do método ser imprescindível para qualquer pesquisa, não há um método universal ou limitação a um único método; ele pode variar não apenas pela natureza do objeto a ser pesquisado, mas também pela ciência da qual trata. Por exemplo, os métodos das ciências sociais não seriam os mesmos das ciências biológicas, seriam objetos diferentes, portanto, as análises e os caminhos metodológicos deveriam ser diferentes.

Além disso, durante a pesquisa, o método a ser utilizado sofre limitações perante os obstáculos e limites que surgirem. Há imprevistos que o pesquisador não pode prever, mesmo seguindo um método. Vale destacar a diferença entre o método e a técnica de pesquisa, em que aquele é o caminho planejado de ações para a pesquisa, enquanto que a técnica é a maneira adequada para se realizar a pesquisa, isto é, a forma de coletar os dados e operacionalizar o estudo.

Sendo assim, se o método é escolhido baseado na natureza do objeto, e nesta pesquisa visa-se analisar a legislação brasileira ao longo dos anos com foco nos crimes sexuais, logo, o método mais adequado é o compreensivo/comparativo, no sentido de que se busca compreender a singularidade da transformação na redação desses crimes a partir de uma perspectiva de gênero, que também é um fenômeno social, histórico e cultural, fruto de mudanças na realidade.

A proposta é analisar esse processo de mudança na redação dos crimes sexuais em um momento cultural e histórico, que resultou na construção do conceito de gênero, no sentido de procurar estabelecer uma relação entre tais fenômenos sociais, “a cujo passado se

remonta para explicar o presente, partindo então deste para avaliar as perspectivas futuras”. (QUINTANEIRO; BARBOSA, 2011, p. 111). O método comparativo é um estudo com a finalidade de estabelecer, entre fatos ou coisas, semelhanças e diferenças, de forma a compreender melhor a realidade e o comportamento humano.

Esse método é utilizado para analisar de maneira comparativa tanto fatos do presente, como fatos do passado. Além disso, pode ser usado para comparar fenômenos sociais em uma mesma sociedade, entre sociedades iguais ou fenômenos de uma sociedade em diferentes momentos históricos.

Diante disso, como, nesta pesquisa, se pretende compreender o tratamento jurídico conferido aos crimes sexuais em uma perspectiva de gênero, far-se-á uma análise comparativa das alterações no texto desses crimes, com as decisões dos órgãos colegiados e o momento histórico da sociedade brasileira e do movimento feminista, visando verificar como o tratamento jurídico refletiu ou acompanhou as teorias sobre o gênero e as próprias relações de gênero.

Sendo assim, o objeto desta pesquisa está em compreender se a construção teórica do conceito de gênero, assim como as discussões atuais e experiências em torno das relações de gênero contribuíram de alguma forma, no período de tempo selecionado (1940 até hoje), para as alterações na redação dos crimes sexuais, ou se essa influência, no âmbito jurídico, ainda é tímida.

Isso implica analisar algumas categorias e estabelecer conexões entre elas. Para Scott (1998), as categorias não são imutáveis, do contrário não poderiam ser analisadas como parte de um discurso compartilhado por um coletivo em um dado momento histórico. Para este estudo, precisa-se acompanhar as alterações na redação dos crimes do Código Penal de 1940, a construção de um conceito como o gênero, que não se restringe à academia, mas envolve uma transformação na forma de interpretar as relações sociais e sexuais, a articulação entre o gênero e a luta do Movimento Feminista e suas reivindicações e as sentenças e decisões do órgão colegiado composto, em princípio, pelas pessoas mais capacitadas em relação ao conhecimento da ciência do direito.

Uma das principais técnicas de pesquisa utilizadas neste trabalho é a pesquisa bibliográfica. Conforme Lima e Miotto (2007) definem, este método consiste em procedimentos não aleatórios e sim em um conjunto de atos ordenados voltados para o objeto que se pretende estudar. Na pesquisa bibliográfica, recorre-se às informações constantes em outros trabalhos, obras e publicações para construir um quadro conceitual que abarque o objeto de estudo proposto.

Diante disso, alguns procedimentos devem ser seguidos, o que não quer dizer que a pesquisa bibliográfica seja inflexível quanto aos seus procedimentos, pode ser que, no decorrer de uma pesquisa, o objeto seja reformulado, e isto pode exigir alterações e novas escolhas quanto aos procedimentos.

Lima e Mioto (2007) definem alguns critérios que orientam a seleção do material bibliográfico. São eles: a) parâmetro temático (obras relacionadas ao objeto de estudo); b) parâmetro linguístico; c) principais fontes (livros, periódicos, dissertações, etc.); d) parâmetro cronológico.

A principal técnica da pesquisa bibliográfica é a leitura, porque, por meio dela, podem-se identificar as informações do material selecionado. Estas leituras devem ser sucessivas, seguindo o procedimento: a) reconhecimento do material bibliográfico; b) verificação das informações que interessem ao fato do estudo; c) seleção do material que de fato interessa e se relaciona diretamente com os objetivos da pesquisa; d) estudo crítico do material e dos textos escolhidos; e) relacionar as ideias expressas nas obras com o problema o para o qual se busca uma resposta.

As autoras destacam que a pesquisa bibliográfica deve seguir quatro fases de um processo contínuo, são elas: elaboração do projeto de pesquisa (escolha do assunto); investigação das soluções (levantamento da bibliografia e das informações); análise explicativa das soluções e, por fim, a síntese integradora, que se trata do produto final do processo de investigação, em que se faz a conexão com o material de estudo.

A pesquisa bibliográfica, como lembra Fachin (2006), é o tipo de técnica em que todo o estudo deve se apoiar, independente da natureza do trabalho e do objeto, pois esta pesquisa bibliográfica pode tanto ser o estudo teórico em si mesmo, como também se constituir em uma pesquisa preparatória para outra análise.

No caso desta dissertação, a pesquisa bibliográfica visa a uma discussão teórica do conceito de crime e direito, do conceito de gênero e de outras categorias, como a sexualidade. Neste estudo, há também a técnica da pesquisa como um preparo para a averiguação do objeto de estudo principal do trabalho, pois se fez uma seleção bibliográfica de autores diversos que tratam sobre o crime, o direito, o conceito de gênero e suas imbricações. Além disso, fez-se uma retrospectiva dos Códigos Penais no Brasil e da história da luta do Movimento Feminista, com seus reflexos no contexto social da sociedade brasileira.

Toda essa pesquisa bibliográfica é também uma preparação que compõe uma bagagem teórica para o estudo dos dados documentais das redações dos crimes sexuais com suas alterações e decisões dos órgãos colegiados.

Como parte também da metodologia desta pesquisa, há outra etapa que compreende a análise de documentos. A pesquisa documental consiste em coleta, classificação e seleção das informações para o problema estudado. Tais informações podem ser leis, jornais, editoriais, atas, ofícios, documentos jurídicos, escrituras, contratos, textos diversos, imagens, sons, sinais ou pinturas e gravações.

Os documentos que se pretende analisar neste trabalho são as decisões do órgão Colegiado, Supremo Tribunal Federal, no que tange a decisões relacionadas aos crimes sexuais, assim como se intenta coletar a redação de Códigos Penais de 1940 comentados, que possuam as disposições antigas desses crimes depois das alterações que aconteceram, conforme indicado anteriormente, nos anos de 1990, 1996, 2001, 2005, 2006, 2009, 2012.

Para a coleta desses dados documentais, utilizou-se de uma metodologia própria; como o recorte temporal deste trabalho é extenso, uma vez que compreende a década de 40 até os dias atuais, propõe-se coletar duas decisões judiciais para cada intervalo de tempo, entre 1940 a 1949, 1950 a 1959, 1960 a 1969, 1970 a 1979, 1980 a 1989, 1990, a 1999, 2000 a 2009, e 2010 a 2012, que, no total, compreendem dezesseis sentenças. A pesquisa foi realizada mediante as jurisprudências do site do Supremo Tribunal Federal, por meio da busca de palavras-chave relacionadas ao tema, em que se selecionaram as sentenças, as quais, em seu inteiro teor dos textos, constam tais palavras: “mulher virgem”, “mulher honesta”, “estupro”, “conjunção carnal”, “crimes sexuais”, entre outras.

Em relação à coleta dos Códigos Penais comentados, pretende-se buscar sete redações diferentes, uma para cada alteração promovida, ou seja, serão selecionados Códigos Penais de 1940 comentados após as leis: Lei nº 8.069 e Lei nº 8.072 de 1990, Lei nº 9.281 de 1996, Lei nº 10.224 de 2001, Lei nº 11.106 de 2005, Lei nº 11.340 de 2006 – Lei Maria da Penha, Lei nº 12.015 de 2009 e Lei nº 12.650 de 2012.¹

Em seguida, valeu-se da pesquisa teórica realizada por meio da técnica da pesquisa bibliográfica, para análise da pesquisa documental, sempre buscando respostas para o problema e as perguntas levantadas.

¹Lei nº 8.069 (Estatuto da criança e do adolescente) e Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) de 1990; Lei nº 9.281 de 1996 (revoga os parágrafos únicos dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor); Lei nº 10.224 de 2001 (altera o Código Penal e passa a dispor sobre o assédio sexual); Lei nº 11.106 de 2005 (altera alguns artigos do Código Penal que tratam dos crimes sexuais); Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) aborda a violência sexual; Lei nº 12.015 de 2009 (altera o Título e alguns artigos que dispunha sobre os crimes sexuais) e Lei nº 12.650 de 2012 (altera a prescrição dos crimes contra crianças e adolescentes).

O DIREITO, O CRIME E A SOCIOLOGIA JURÍDICA

1. O direito na perspectiva de Durkheim e Weber

Émile Durkheim, um dos pensadores da sociologia clássica, elabora conceitos importantes a serem empregados neste estudo para a construção da nossa pesquisa teórica, a qual se propõe analisar os crimes sexuais no Código Penal Brasileiro sob uma perspectiva de gênero.

A sociedade, para Durkheim, é o resultado da associação das consciências individuais formando um todo *sui generis*, diferente das partes que a compõem. Diante disso, tudo que tenha origem na sociedade reside nela própria e não nos seus membros, de forma que a associação destes possui natureza e leis diferentes dos estados das consciências individuais.

Para compreender a maneira como a Sociedade se representa a si própria e ao mundo que a rodeia, é a natureza da sociedade, e não a dos particulares, que devemos considerar. (DURKHEIM, 2006, p. 31)

Dessa forma, o que interessa para a análise sociológica não é o fato individual isolado, mas, sim, compreender o fato social. Para isso, pela teoria de Durkheim, deve-se levar em conta a natureza da própria sociedade, uma vez que, para todo fato social, se podem identificar três características elementares: a generalidade, a exterioridade e a coercitividade.

Para o sociólogo, nem todas as ações humanas importam para o estudo da sociologia. Ele assinala que todos os indivíduos comem, bebem, dormem, pensam, mas isso, apesar de ser geral, não cabe às Ciências Sociais estudar. É da competência de disciplinas como a biologia e a psicologia, por isso, a generalidade é característica do fato social, mas não é uma característica que o define. Nas palavras de Durkheim, “o fato social generaliza-se por ser social, mas não é social porque se generaliza.” (DURKHEIM, 2006, p. 31).

O fato social, uma vez que possui natureza na própria sociedade, é exterior aos indivíduos. Em virtude disso, impõe-se às consciências individuais de forma coercitiva. Por exemplo, ao nascer não se escolhe a educação que se quer ter, a língua, as regras sociais, a religião, todos são fenômenos que são impostos e internalizados, porque são exteriores a nós indivíduos.

Os fatos sociais, então, são maneiras de pensar, agir, sentir que, uma vez fora das consciências individuais, possuem um poder imperativo que independe das vontades próprias.

Tal coerção não se confunde com aquela em que um indivíduo se impõe ao outro. É importante esclarecer que esta coerção, segundo o pensamento durkheimiano, é uma coerção não sentida ou pouco sentida pelas consciências individuais, pois há a conformação por parte do indivíduo em relação àquilo que lhe é exterior.

No entanto nem todos os indivíduos vão se conformar ou se adequar àquilo que é estabelecido exteriormente por meio do fato social, pois; em algum momento de determinada sociedade, algum indivíduo pode ter uma conduta não obediente e violar as regras estabelecidas. Nesta hipótese, esse indivíduo sentirá a coerção, seja por meio da censura social, da sanção, da injúria, e, de alguma forma, haverá uma reação da sociedade a qual materializa a característica coercitiva do fato social, e que teria como função impedir que aquele e outros não repitam este comportamento.

Assim, Durkheim (2006) acentua que haverá condutas que irão infringir as regras já impostas e internalizadas pelos indivíduos. Além disso, essas condutas são necessárias para fortalecer a consciência coletiva que agirá sobre elas, tentando repará-las ou corrigi-las.

Nesse sentido, no que tange às regras, às leis e ao Direito, qualquer um que tente violá-los sofrerá uma reação da sociedade, por exemplo, a pena prevista para o crime e seu cumprimento por meio do Direito Penal, que teria como papel fortalecer a consciência coletiva daquele grupo e evitar outras condutas parecidas. Então, o Direito, como um conjunto de regras, é, para Durkheim, um fato social, porque é o produto *sui generis* da união dos indivíduos organizados em sociedade.

Outra obra de destaque da autoria de Émile Durkheim é *Da divisão do trabalho social* (1999), em que ele destaca a função da divisão social do trabalho em sociedades com diferentes tipos de solidariedade social, e, para fazer isso, ele utiliza-se do direito presente em cada um destes dois tipos, como uma característica que os distingue.

Para Durkheim (1999), a sociedade em si é um fato moral, de forma que a divisão social do trabalho teria como função produzir também um efeito moral, ao criar, entre duas ou várias pessoas, um sentimento de solidariedade. É por meio da análise do direito como um símbolo visível da solidariedade que Durkheim pretende descobrir os diversos tipos daquela. Para ele, o direito reproduz as formas principais da solidariedade social, de forma que bastaria classificar essas diferentes espécies de direitos para descobrir as diferentes espécies de solidariedade social.

Assim, antes de identificar as espécies de direito, Durkheim (1999) diferencia dois tipos de sanções que se ligam a determinadas regras jurídicas, uma é repressiva, quando visa

atingir o indivíduo em sua honra e sua vida, e a outra é a restitutiva, quando a pena consiste em uma reparação das coisas e não em um sofrimento do agente.

Para Durkheim, o crime só existe porque ele é fruto de uma reprovação universal por determinados membros de cada sociedade, de modo que ele seria uma lei inscrita nas consciências individuais, antes de ser escrita em um Código. Tanto é que, para ele, o direito penal não impõe obrigações, ele se restringe a editar as sanções para as condutas que devem ser punidas, as quais devem ser contrárias a alguma regra obrigatória, mas esta não se vê escrita no Código, é sim a descrição da pena de alguma conduta.

Conforme Durkheim (1999), o crime não se define pela simples ofensa aos sentimentos coletivos, ele consiste em uma ofensa a sentimentos fortemente gravados nas consciências individuais, o que, para Durkheim, explica o processo lento de transformação do direito penal às mudanças, uma vez que está diretamente relacionado à consciência coletiva, que mantém a coesão e a sobrevivência da sociedade, de forma que não poderia sofrer mudanças repentinas e aleatórias ou incoerentes, pois esta instabilidade ameaçaria a solidariedade, que é imprescindível para a continuação de determinada sociedade.

Isso ainda se traduz no Direito Penal atual, pois há diversas circunstâncias que compreendem o crime, capazes de ora agravar a pena ora diminuí-la. Ante isso, algumas alterações na redação dos crimes que tiver como objeto a proporcionalidade da pena, permitem-nos aferir as interpretações que tais crimes passaram a ter em relação à sua gravidade perante a sociedade.

O que faz a graduação dos crimes é também o que faz a das penas; por conseguinte, as duas escalas não podem deixar de se corresponder, e essa correspondência, por ser necessária, não deixa, ao mesmo tempo, de ser útil.
(DURKHEIM, 1999, p. 74)

Dessa forma, o autor conclui que a pena se explica pela natureza dos sentimentos coletivos, e que esta se apresenta por meio do crime. Assim, a reação de ações governamentais no sentido de determinar o que é o crime, nada mais é que uma emanção do poder difuso da sociedade, e é desse poder de reação que o crime surge.

Por fim, o autor demonstra que o direito penal é característico das sociedades em que predomina o tipo de solidariedade mecânica, na qual a coesão social se dá diretamente, sem intermediários entre indivíduos e sociedade. Enquanto isso, na solidariedade orgânica, o direito penal divide sua função com outros ramos do direito, como o comercial, o civil, o processual, em que prevalece o tipo de pena restitutiva. Nesta solidariedade, os indivíduos

dependem uns dos outros por meio da divisão social do trabalho que estabelece funções diferenciadas, de forma que a coesão social depende das partes que compõem a sociedade, não se ligando diretamente como na solidariedade mecânica.

Partindo da concepção durkheimiana, o direito não só é um fenômeno social, como também ocupa um papel importante para diferenciar os tipos de sociedade a partir da solidariedade que apresentam. Assim, na sociedade brasileira o direito, é também um fenômeno social e, conseqüentemente, representa não só o tipo de solidariedade social, mas o próprio sentimento coletivo da sociedade. Por isso, estudar as leis de um determinado país em um dado contexto histórico, leva-nos a averiguar como se pensava sobre esta conduta em épocas passadas.

Max Weber também tem o direito como um tema importante de sua teoria, sendo ele, inclusive, um teórico com formação jurídica. Weber defende que, nas sociedades modernas ocidentais, percebe-se um processo de racionalização, que lhe é peculiar e traz conseqüências a todos os âmbitos da vida cotidiana.

Conforme argumenta Freund (2010), esta racionalização teorizada por Weber não significa um movimento linear para o progresso universal, para a verdade, a justiça, a virtude, a igualdade entre outras. É antes, um processo de organização da vida por meio de uma profunda regularização, pela divisão e coordenação das tarefas, pelo desenvolvimento prático e técnico, pelo domínio do mundo exterior.

Assim, Weber disserta de forma específica sobre a presença dessa racionalização em diversos domínios, como a religião, as artes, o direito. É o mesmo quando uma comunidade passa a se organizar racionalmente, deixando de se fundamentar exclusivamente sobre relações sociais afetivas ou tradicionais e passando a basear suas ações com relação a fins e valores.

Nesse sentido, ao tratar do Direito/direito no pensamento weberiano, é imprescindível relacioná-lo à racionalização, porque é este o caminho utilizado pelo autor, inclusive, quando ele define o direito moderno, próprio das sociedades ocidentais.

Amorim (2001) chama-nos a atenção de como o conceito de racionalização é importante na obra de Weber, e, da mesma forma, o é para este estudo sobre os crimes sexuais, em uma perspectiva de gênero. No caminho desta pesquisa, ver-se-á que, para cada crime previsto no Código Penal de 1940, cabe uma pena e uma respectiva ação penal, e a alteração na redação do crime, conseqüentemente, altera também a ação penal e a atuação daquele que é ofendido pelo crime. Trataremos desse aspecto com mais detalhes nos próximos capítulos. Tal aspecto está diretamente relacionado com o processo de

racionalização da organização social e burocratização da ordem jurídica administrativa. É como se o aparato judicial e as leis ganhassem vida e passassem a caminhar sozinhos, inclusive, em termos jurídicos, dá-se a isso o nome de princípio do impulso oficial.

Freund (2010), ao adentrar sobre a sociologia jurídica e a definição de direito em Weber, inicia distinguindo aquela do que vem a ser a dogmática jurídica. Para esta, o importante é estabelecer uma lógica em relação às leis ou um conjuntos de códigos, no sentido de que uma norma é válida, quando codificada, enquanto que a sociologia jurídica teria o objetivo de compreender o significado do comportamento dos membros de um grupo em relação às leis em vigor, buscando determinar sua validade e como se estabeleceram.

[...] para a sociologia trata-se de controlar sua importância no curso da atividade social dos indivíduos, pois não é sempre que uma lei estabelecida é respeitada. Acontece, com efeito, muitas vezes, que a massa se orienta inconscientemente, por hábito, segundo as prescrições legais, sem ter nenhum conhecimento de sua vigência ou de seu texto, por vezes, ignorando mesmo sua existência. (FREUND, 2010, p. 179)

Para Freund (2010), o pensamento de Weber em relação à sociologia jurídica é de que esta teria como papel evidenciar a distância que se estabelece entre o caráter formal e a aplicação real das legislações. Para Weber, o progresso, condicionado à racionalização do direito, não considera que todos se submetam às normas estabelecidas e que sejam elas válidas para todos.

É importante destacar que Weber, ao fazer uma definição sobre o direito, preliminarmente, defende que os conceitos não são os mesmos quando abordados por diferentes áreas do conhecimento, no sentido de que, ao falar sobre o conceito de “Estado”, o sociólogo trará uma definição com o sentido diferente de um jurista.

Dessa forma, quando conceitua o Direito/direito em termos sociológicos, Weber advoga que é imprescindível a existência de um aparelho de coerção que garanta exteriormente a validade da ordem estabelecida por meio de um constrangimento. A convenção se diferencia do Direito/direito, justamente pela presença da coerção por parte de um aparelho institucional, isto é, há a sanção, mas esta parte do grupo por meio de uma reprovação mais ou menos geral, por exemplo, o boicote social.

Weber também discorre sobre o uso e o costume, argumentando que aquele seria uma ação regular que, quando dotado de prestígio pela antiguidade, tornar-se-ia costume, contudo, não há a característica da sanção exterior e da obrigatoriedade, como na convenção e no direito.

Cabe destacar que os comportamentos flutuam entre usos, costumes, convenção e direito, e isso é interessante para esta dissertação, a qual busca compreender as alterações na redação dos crimes sexuais sob uma perspectiva de gênero, pois demonstra que estas alterações são, antes, fruto de transformações nos comportamentos, que podem ora traduzir-se em uma convenção ora em direito, e isso tem implicações que merecem ser compreendidas sociologicamente.

Contudo importa ressaltar que os comportamentos ora vão se aproximar da convenção, ora do direito, sendo impossível distinguir quando são influenciados por motivações externas ou internas. Da mesma forma acontece com a ciência, que não possui todas as respostas, por exemplo, a sociologia, não cabe a esta ciência explicar tudo, pois as relações sociais e os comportamentos são muito mais complexos do que conceitos construídos para compreendê-los.

Em sua sociologia jurídica, Weber faz algumas distinções sobre os tipos de direito. Cabe aqui assinalar a distinção que ele traz entre o direito formal e o material. O direito formal é o que se deduz logicamente, é o conjunto de sistema do direito puro, que não sofre influencia de considerações externas, enquanto o direito material leva em consideração elementos extrajurídicos (valores políticos, éticos, econômicos e religiosos), como também a própria situação de fato, as intenções dos indivíduos e as condições de sua existência.

Freund (2010) aponta que o que é interessante nessa distinção é que Weber não faz nenhum juízo de valor em relação a qual direito, se formal ou material, é o mais justo, pois defende que eles se complementam. Ou seja, uma justiça exclusivamente material serviria para negar o próprio direito, como uma construção social, como um conjunto de regras de conduta no qual se apoia, estrutura-se uma sociedade, da mesma forma que jamais existirá uma justiça puramente formal sem levar em consideração aspectos extrajurídicos, como a condição social, econômica, política, cultural e outros.

Na mesma linha, tanto o direito formal como o direito material fazem parte de um processo de racionalização crescente, contudo ambos também conservam alguns traços de irracionalidade, como, por exemplo, o júri no Direito Penal.

Em suma, não se chega a vencer o irracionalismo fundamental dos valores, porque não se logra superar seu antagonismo. O formalismo permanece, pois, ambíguo, apesar de todas as especializações. É que a vida não se deixa encerrar no quadro das prescrições jurídicas abstratas. (FREUND, 2010, p. 192)

Para Weber (2001), uma relação social será associativa quando o sentido da ação social repousar na união de interesses racionalmente motivados. A associação, para ele, depende diretamente de um dirigente e de um quadro administrativo, de forma que o Estado seria uma associação do tipo instituição política, que é aquele quando a ordem de um estatuto é que se impõe.

Para ele, a associação política se define quando sua validade, dentro de um espaço geográfico, está garantida pela prerrogativa de usar da força física por parte de seu quadro administrativo. Já o Estado é a instituição política que se garante, na medida em que seu quadro administrativo possui o monopólio legítimo da coação física para manter a ordem vigente. O Estado detém o monopólio legítimo da coação física que não é representada somente pela violência, mas pelo poder de fazer valer a norma e o direito.¹

Contudo, o que vale destacar é que esta possibilidade de usar da violência organizada só é possível porque existe um ordenamento jurídico, com um quadro administrativo encarregado de usar da força para obter obediência e disciplina. O direito, para Weber, é um dos aparelhos fundamentais que viabiliza a dominação racional-legal no Estado moderno.

É oportuno ponderar, com maior profundidade, a dominação racional-legal, por ser esta uma consequência da racionalidade nas sociedades modernas, que consiste em um direito estatuído, em termo típico-ideal, de modo racional referente a fins ou a valores, ou a ambas as coisas, e essencial ao Estado Moderno.

O direito estatuído é um conjunto de regras abstratas, aplicadas pelo judiciário ao caso particular, o superior que exerce a dominação racional-legal, ao mandar, também obedece à norma de forma impessoal, isso em termos típicos ideais, pois, na realidade, nem sempre isso acontece dessa forma². Weber esclarece que o tipo mais puro de dominação legal é o quadro administrativo burocrático, em que o Estado moderno exerce seu poder por meio do Direito.

Direito racional e burocracia são os principais elementos constitutivos do conceito típico-ideal de dominação legal e, por conseguinte, são igualmente

¹ Por exemplo, o Poder Executivo representado pelo prefeito, no âmbito municipal, tem a obrigação por lei de fiscalizar o comércio dentro do seu campo de atuação, e o direito de usar de prerrogativas para fazer com que a lei se cumpra. Caso algo esteja irregular ele pode usar dessas prerrogativas que nem sempre são violentas.

² Isto é, o direito estatuído como um tipo ideal quer dizer que é uma construção teórica. De forma que, quando se fala que aquele que exerce a dominação legal também obedece à norma estatuída, isso na condição de uma construção teórica, pois a própria realidade apresenta-se diferente. Ou seja, mesmo em um quadro de dominação racional-legal, há influências de uma dominação tradicional, que impede essa impessoalidade, o que está diretamente relacionado a inúmeros casos de corrupção nos sistemas representativos das sociedades modernas que não apenas a brasileira.

os elementos que configuram o Estado moderno. (AMORIM, 2001, p. 122)

Apesar de Weber (2004) dispor sobre uma teoria geral do Estado, discorrendo sobre o Estado na Antiguidade, Estado principesco, Estado no Ocidente e no Oriente, na Idade Média, na Época Moderna. Este estudo limitou-se ao conceito que caracteriza o Estado Moderno, próprio da sociedade capitalista.

O autor define que a classe burguesa nasceu a partir de uma aliança forçada entre Estado e capital, e que é, em virtude do Estado, com o seu funcionalismo especializado e um direito racional, o que garante a sobrevivência do capitalismo. Ele ressalta que um pensamento formal jurídico, isto é, um direito previsível sem a interferência de aspectos religiosos ou mágicos, foi essencial para o capitalismo florescer.

Em outras palavras, Freund (2010) observa que o Estado para Weber é uma das manifestações históricas da atividade política do ser humano. Neste sentido, o Estado Moderno permitiria o desenvolvimento do capitalismo, uma vez que, além do monopólio do uso legítimo da violência, há a seu favor a especialização dos poderes legislativos e judiciários, uma polícia encarregada de assegurar a ordem pública, e uma administração racional, baseada em regulamentos explícitos que permitem ao Estado interferir em diversos âmbitos, como educação, saúde, economia, cultura.

Assim, o Estado Moderno, em Weber, é condição para o capitalismo e para a classe burguesa exercerem sua dominação. Para tal clássico, este é um conceito fundamental, e ele o define quando, em uma relação social, há a possibilidade de exercer seu poder sobre determinado grupo e que este grupo obedeça a seu mando, isto é, de um lado, há o comportamento daquele que manda; e, do outro, o grupo que obedece de forma recíproca ao conteúdo do sentido daquele que ordena.

Por fim, para finalizar este subcapítulo, pode-se perceber que o Direito/direito, como um fenômeno social, foi objeto de estudo tanto de Weber quanto de Durkheim em perspectivas diferentes, no que tange a vários aspectos.

O Direito/direito, para o pensamento de Durkheim, é um fenômeno social, sua teoria ajuda a compreendê-lo como fruto da consciência coletiva dos indivíduos organizados em sociedade, e como as regras e o ordenamento jurídico são internalizados. A noção de crime em Durkheim também é essencial, quando ele conclui e afirma que não há sociedades sem crime, mas, longe de ser um fato social patológico, ele é um fato social normal, pois

reforça a consciência coletiva. Além disso, em todo e qualquer tipo de sociedade sempre haverá uma conduta reprovável.

É interessante a importância que Durkheim atribui ao Direito/direito para pensar os diferentes tipos de solidariedade, partindo dele como uma das principais características que distinguem a solidariedade mecânica da orgânica, mediante a evolução do Direito/direito com sua especialização em diversos ramos, assim como a diferença nas punições entre uma repressiva e outra restitutiva, demonstrando a função e as consequências de cada uma para determinada sociedade a depender da solidariedade social pela qual se organiza.

Os conceitos, elaborados na obra de Weber sobre racionalização, burocratização, Estado Moderno, dominação legal e ordenamento jurídico, são os que mais fundamentam a forma do Estado brasileiro e de como se dá o procedimento burocrático e o direito. Para Weber, afirmar que a dominação racional-legal é impessoal quer dizer que, em termos típicos ideais, a lei é válida para todos, indistintamente se baseia em um estatuto e não em sentimentos de piedade ou carisma. Ademais, o quadro administrativo é composto por funcionários qualificados, que não são donos de seus cargos, mas que se acredita serem mais capazes de resolver os problemas de sua função administrativa que um leigo.

O Estado brasileiro é organizado por meio de um ordenamento jurídico que se compõe de várias leis, dentre elas, a Constituição Federal, que é a carta maior, os Códigos (Civis, Penais, Processual Civil, Processual Penal, Tributário e etc.), além das legislações esparsas, resoluções, decretos leis e outras normas. No nosso ordenamento jurídico, as relações estão regulamentadas pelo mundo abstrato das normas que é aplicado aos fatos sociais, os quais possuem relevância nesse mundo abstrato jurídico. Esta aplicação do direito se dá quando surge um fato que possui importância no mundo jurídico, e desenvolve-se de forma sistemática, a partir de um processo judicial em um lugar apropriado, nesse caso, o Fórum.

Quando uma pessoa comete um crime, o procedimento jurídico dependerá do tipo de crime cometido. Por exemplo, se for um crime de natureza personalíssima,² isto acontece por meio de uma ação específica. Por outro lado, se o crime é um homicídio, é o próprio Estado, por meio de suas autoridades, como delegado e promotor, que provoca o judiciário para que o autor da conduta seja punido, independente da vontade da família da vítima. Há um aparato repleto de nuances, que compõem o Poder Judiciário, para que os direitos sejam efetivados.

² É quando somente a pessoa ofendida pode provocar o judiciário para que a pessoa que cometeu a conduta seja punida.

Pela teoria de Weber, que explica sobre o processo de racionalização do direito, e de um Estado assentado sobre um tipo de dominação racional-legal, pode-se compreender que, no Estado brasileiro, há todo um procedimento especializado para criar ou alterar alguma lei ou texto legal. Há leis e normas explícitas para explicar qual a função de cada parte em um processo, assim como há leis e normas tipificando uma conduta como crime ou não. Esse processo especializado de criação e alteração de algum texto legal se dá de forma demorada e formal. As leis são elaboradas por aqueles que são instituídos para criá-las por meio de projetos de lei; elas passam por um processo de aprovação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que representam o Poder Legislativo no âmbito federal, e também pela apreciação do Presidente da República para sancionar ou vetar.

Com base no pensamento de Reale (1996), compreende-se que nem toda conduta reprovável, no campo moral, por determinado contexto social, será considerada crime. Contudo isto pode acontecer mediante transformações sociais que vão se configurando ao longo do tempo, e quando determinada conduta torna-se crime, isso quer dizer que ela passa a ter a prerrogativa de ser coercível pelo Direito.

Para isso, há inúmeros requisitos a serem analisados (previstos na lei), para que se possa enquadrar uma conduta criminosa. Além disso, não é qualquer pessoa que irá julgá-la como crime ou não, e, sim, aquela investida para esta função, aquela que tem competência profissional para isso (exceto nos crimes que passam pelo procedimento do júri).

2. O direito positivo, a mudança social e jurídica

As teorias clássicas de Durkheim e Weber fornecem importantes conceitos sobre o direito, o crime, a racionalização e o Estado Moderno, que podem ser empregados nesta pesquisa. São estudos basilares para os trabalhos científicos no campo sociológico, por isso, devem ser lidos e lembrados. Tendo sido estudados os clássicos, neste subcapítulo, segue-se para uma análise do direito, por uma visão sociológica, mediante um autor contemporâneo, Niklas Luhmann (1985).

Luhmann (1985) elabora um estudo sociológico jurídico para analisar de que forma um direito positivado possibilita mudanças sociais. Ele fornece outra visão sobre direito positivo, que é importante para este trabalho, assegurando que é justamente por ser positivado que o direito propicia a mudança social.

Outro autor que também contribui para pensarmos a sociologia jurídica, apesar de ele não usar especificamente esta terminologia, é Miguel Reale (1996). Autor de várias obras sobre Direito e Filosofia do Direito, foi professor da Universidade de São Paulo e mais reconhecido por defender a teoria Tridimensional do Direito.

A positividade, simplificadamente, seria o caráter estatuído do direito, isto em um sentido apenas jurídico, ou seja, a positividade seria o direito estatuído por conta própria. Contudo Luhmann busca um sentido sociológico, que não se satisfaz com esta simples explicação, até porque, para ele, quando se pensa que processos fatuais levam a generalizações normativas tão amplas, fica impossível determinar as causas do surgimento de uma lei. Neste trabalho, não se buscam as causas das alterações na redação dos crimes sexuais e, sim, analisar como se deram, ao longo de um processo histórico, essas alterações sob uma perspectiva de gênero.

Apesar de as leis serem elaboradas por legisladores e por meio de um processo formal, que é previsto na própria lei, Luhmann defende que não se pode simplesmente pensar que o direito surge da vontade do legislador ou da decisão do juiz. Antes, existem muitas implicações normativas, sem negar que eles (juízes e legisladores) possuem um grau de liberdade no momento em que atuam. Eles não criam o direito, mas selecionam as normas simbolicamente como direito vinculativo. Luhmann ainda informa que não se pode asseverar que isso seja o direito, isso é, antes de tudo, uma estrutura em termos de inclusões ou exclusões sobre a vigência de determinada norma, o direito não surge do nada e, muito menos, da onipotência de um legislador.

Para Luhmann, não se pode pensar no direito como uma interpretação de algo criativo ou causal, pois ele “resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão” (LUHMANN, 1985, p. 08). Conforme essa afirmação, ele prossegue explicando que não é a decisão o fator histórico que traduz o direito positivo e esclarece sua causalidade, pois a decisão é um fato que sempre existiu, é um fator variável da vigência do direito. “O critério não está na 'fonte do direito' no ato individual da decisão, mas, sim, na experimentação constante e atual do direito.” (LUHMANN, 1985, p. 09).

Nesse caso, Luhmann vai elucidar que a novidade histórica no conceito de positividade do direito é a própria possibilidade de legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta. A partir do momento em que surge a possibilidade de modificação de um direito, a concepção de tempo torna-se abstrata e fica sem sentido buscar o momento em que o direito é estatuído.

... é necessário abandonar-se a antiga noção de que teria existido um momento irretornável quando o direito teria sido gerado --- um início histórico, um momento da revelação, um tempo de relação imediata do homem com as fontes religiosas da verdade e o do direito --- ou então, inversamente, que existiriam momentos que ainda não estariam “maduros” para a legislação. (LUHMANN, 1985, p. 09)

Nesse sentido, mesmo que seja um direito positivo, ele é, ao mesmo tempo, modificável. Conforme Luhmann, o direito é, a cada momento vigente, fruto de uma seleção, e é esta que o mantém a qualquer momento modificável. É o caráter estatuído do direito que significa contingência, quer dizer que o processo decisório deve estar atento às possibilidades de modificação do presente, e não que o direito, por ser positivo, esteja imóvel e irredutível a um instante do passado. Para esse autor, o direito positivo é caracterizado pela consciência de sua contingência. Isto é, “o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável.” (LUHMANN, 1985, p. 10).

A noção de um direito irredutível e imodificável, porque positivado, é pejorativa. Atualmente, é essa a concepção mais compartilhada entre alguns acadêmicos do direito. Todavia Luhmann formula outra perspectiva sobre a positivação do direito, que define a positividade não somente pela formulação de que o direito é estatuído, e, sim, porque ele também é vigente por meio de decisões, sendo, portanto, contingente e modificável. Note-se que o direito necessita ser institucionalmente modificável, à medida que surgem, na sociedade, novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas. Porém, faz-se necessário, também, que tal modificação não limite sua função normativa.

Para Luhmann, a função de uma estrutura não é impor uma constância absoluta, é, sim, permitir que ela se torne objeto de decisão e seja variável, isso permite a existência de um direito diferente em termos temporais. “Hoje pode estar em vigor um direito que ontem ainda não existia e amanhã possível, provável ou até mesmo certamente não mais vigerá.” (LUHMANN, 1985, p. 11).

Para Miguel Reale (1996), o Direito é um fenômeno histórico-social que está sujeito a variações no tempo e no espaço. Para ele, cabe à Filosofia do Direito questionar duas coisas, o que se mantém permanente nessas mudanças, e aquilo que nos possibilita saber no que, realmente o Direito consiste, ou então, quais são as razões de tais mudanças.

O Direito que hoje estudamos não é, por certo, o Direito que existia no mundo romano, ou o seguido pelos babilônicos, no tempo de rei Hamurabi. Por outro lado, o que hoje está em vigor no Brasil não é o mesmo do tempo do Império, nem tampouco existe identidade entre a vida jurídica brasileira e aquela que podemos examinar em outros países, como a Itália, a Espanha, ou a China. (REALE, 1996, p. 14)

Essa análise de Luhmann (1985) sobre um direito estatuído e positivado, mas que, por esse motivo, é modificável, pois sua vigência pressupõe uma seleção de projeções normativas, leva-nos a uma conclusão de grande contribuição para este estudo, uma vez que o Código Penal de 1940 impunha como crimes sexuais determinadas condutas e, conseqüentemente, determinados direitos para aqueles que eram ofendidos por essas condutas criminosas. No entanto, com as alterações que sofreu em sua redação ao longo dos anos, pode ser que direitos deixaram de vigor e que outros se tornaram vigentes, mesmo que nosso direito seja um ordenamento positivado.

Luhmann (1985) também trabalha o conceito de legitimidade, no sentido de reconstruir este conceito, e não mais reproduzi-lo como uma expressão fatural da dominação política ou como um amplo convencimento da validade do direito ou nos princípios e valores das decisões vinculativas. Contudo, é importante compreender o que significa esse convencimento.

Para esse autor, o convencimento, em um plano fatural consciente, é difícil de ser apreendido, por isso, a necessidade de reformular o conceito de legitimidade. Para ele, a ideia de convencimento esconde interdependências estruturais muito intrincadas, que podem revelar, inclusive, mudanças em consequência da positivação do direito. Logo, a legitimidade não é o simples reconhecimento do caráter verdadeiro do direito vigente, ela implica uma legitimação que passa por um processo de aprendizagem, em que não somente os que são atingidos pelas decisões precisam aprender, como também os que decidem. É um processo diferente para cada um, porém, complementar.

Esse processo de aprendizagem que implica a legitimação institucional se configura pela possibilidade de supor-se a aceitação. Em outras palavras, Luhmann entende que a decisão legítima é aquela em que não só os atingidos, mas também terceiros, esperam que os atingidos se ajustem às expectativas normativas emitidas por aqueles que decidem, ou seja, é agir conforme a decisão, pois se espera que outros na mesma situação também ajam assim, respeitando não só a decisão, mas também o direito que emana dela.

Luhmann (1985) vai explicar que a força física é intrínseca ao direito como um elemento de sua exposição e consolidação de sua confiança. Contudo há dispositivos que

evitam o emprego da força física, pois a utilização exclusiva deste meio seria um caos. Esses dispositivos possuem uma função especial, sendo eles os processos legislativo, judiciário, entre outros.

Para o autor, os processos são sistemas sociais especiais constituídos para elaborar decisões vinculativas. A função legitimadora de um processo se realiza pela separação dos papéis sociais que ele promove. Isto é, pensando no processo judiciário como exemplo, há vários papéis que o compõem: o autor, o réu, o juiz, os funcionários que possuem cada um uma função específica dentro dele, um papel específico, de forma que se diferenciam daqueles da vida social de cada pessoa.

Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunha, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual --- e não enquanto marido sociólogo, sindicalista, etc. Com isso, seu comportamento é destacado do contexto natural de sua vida cotidiana. (LUHMANN, 1985, p. 65)

Sendo assim, o processo tem como objetivo levar aos atingidos a decisão e especificar os temas conflituosos antes do desencadeamento da força física, porém, tanto esta quanto o processo são dispositivos que, juntos, representam mecanismos para a sustentação da legitimação da decisão jurídica.

É certo que nem sempre o atingido por uma decisão jurídica fica satisfeito, todavia, isso não quer dizer que ele não confie no sistema processual realizado para chegar àquela decisão, pois ele próprio se submete à participação no processo, garantindo o efeito de uma norma. Uma coisa é o direito de provocar o judiciário por meio de um processo; outra é o direito que se está reclamando perante o juiz por meio de um processo.

Então, a estrutura da legitimidade do direito é uma mistura entre conhecimento/aprendizagem e expectativa de uma norma sobre expectativas cognitivas e vice versa. Consiste em aprender e reaprender, cognitivamente, expectativas normativas.

Outra questão importante na obra de Luhmann (1985), que ajudará nesta pesquisa sobre a alteração na redação dos crimes sexuais, é o que ele define sobre a imposição do direito positivo. O autor afirma que a imposição não é sinônimo de cumprimento, isto é, atuar conforme as regras. A imposição é uma reação a uma ação divergente da norma, a qual gera atividades especiais voltadas para a manutenção ou reconstituição do direito e das condições jurídicas.

Para Luhmann (1985), a sociedade moderna, com seu direito positivo, implica não somente uma variedade de normas como também uma variedade de mecanismos sociais dos quais a imposição do direito depende em cada caso. Em virtude disso, o simples fato de positivizar o direito não denota que ele se torne impositivo a todos.

Conforme o entendimento desse autor, convencionalmente, a imposição do direito positivo está relacionada a dois fatores complementares: ao consenso, que é quando se conhece o conteúdo da norma com a qual se deve concordar, e também a força coercitiva, que é quando aqueles que podem dela dispor tomam conhecimento de condutas transgressoras, ou seja, a norma é vigente. Contudo o fato de ser vigente não quer dizer que ela tenha eficácia, isto é, que ela atinja os sujeitos pelo qual foi criada, pois, para isso, é necessário que a informação juridicamente relevante chegue àquele que é atingido pela norma ou àquele que é a autoridade com a função de impor coercitivamente o direito.

Uma parte das informações juridicamente relevantes é dessa forma desviada já no sistema de origem para um uso interno e não para a imposição de normas, mas sim para a imposição de outros objetivos ou para a estabilização de relações que de outra forma não seriam viáveis. (LUHMANN, 1985, p. 77)

O que Luhmann (1985) pretende explicitar com relação a essa citação e ao destaque à informação é que, ao se falar em imposição do direito positivo, não basta que exista um processo decisório intensivo e uma formulação escrita e elaborada de princípios jurídicos. É imprescindível, para a efetivação e aplicação dessa lei escrita e desse processo decisório, que a informação juridicamente relevante chegue até a autoridade competente. Isso, todavia, nem sempre acontece, porque o direito aplicado na vida cotidiana, frequentemente, recebe outro tratamento, o qual é capaz de modificar ou até mesmo desconsiderar a norma.

Ainda para esse autor, além do problema da informação e da superação de resistências, quando se fala em imposição do direito positivo, há também a seleção das informações necessárias e as estruturas motivacionais, isto é, a implantação do direito depende desse mecanismo, que, conforme o autor, é o direito subjetivo, é o indivíduo quem decide se irá interpor uma ação. Como uma proposta de solução ele argumenta que seria necessária a instituição de organismos políticos que teriam poderes para implantar medidas reguladoras e administrativas do direito.

Apesar de se utilizar da sociologia jurídica de Luhmann (1985) sobre o direito positivo, atente-se para o fato de que este autor não está, em seu estudo, se referindo ao direito brasileiro. Assim, o direito subjetivo pelo qual o indivíduo decidirá sobre informar a relação

jurídica relevante (ou não) sofre limitações no direito penal brasileiro, pois não é toda a violação de direito que depende da ação do ofendido, por exemplo, em um crime de homicídio, a ação penal cabível é pública e não depende da representação dos parentes da vítima para a busca da punição do agente.

É fato que, ainda, há ações penais que dependem, exclusivamente, da provocação do ofendido ao judiciário ou depende da sua representação para que o Ministério Público promova a ação, mas não é a regra no Direito brasileiro.

Ao tratar sobre a mudança social por meio do direito positivo, questão importante para este estudo, Luhmann (1985) instrui que há uma dependência recíproca entre direito e sociedade mediante diversos aspectos. Para este autor, ao mesmo tempo em que a sociedade desencadeia mudança social e, conseqüentemente, mudanças no plano jurídico, estas possibilitam reestruturações no sistema social, ajudando a estabilizar importantes conquistas institucionais. Nas considerações do autor, “na perspectiva evolutiva, o direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social é sempre consequência e causa ao mesmo tempo.” (LUHMANN, 1985, p. 116).

Em outras palavras, Reale (1996) passa a mesma mensagem com base na teoria tridimensional, para ele, o Direito existe como uma unidade concreta de três elementos, fato, valor e norma, de forma que eles não existem separados e funcionam por meio de um processo dialético complementar que promovem o Direito como um fato social e histórico-cultural.

Não se pode pensar que o processo de interação entre a mudança social e a estrutura jurídica se dê de forma estreita, pois o fenômeno da mudança social acontece mesmo que o direito não sofra mudanças na sua formulação, da mesma forma que existem, também, codificações de normas novas que não geram qualquer mudança social.

Nesse sentido, as perguntas a serem feitas nesta pesquisa são: as alterações na codificação dos crimes sexuais consistem em uma consequência de uma mudança social significativa? Em caso afirmativo, essa mudança social significativa está relacionada às novas configurações das relações de gênero? Ou por outro lado, a alteração na redação destes crimes possibilitou algum tipo de reestruturação do sistema social no que tange às relações de gênero?

Para Luhmann (1985), é justamente o fato de o direito se tornar objeto de decisões seletivas (positivado) que se apresenta uma possibilidade de mudança social, e a liberdade na decisão constituída por meio do direito é um instrumento para isso.

Cabe uma observação: percebe-se que Luhmann (1985) destaca bastante o papel da decisão jurídica e, neste momento, ele a coloca como instrumento de mudança social. Existem, na estrutura do sistema judiciário brasileiro, vários tipos de decisões, umas são tomadas por juízes singulares, no âmbito da primeira instância, e outras por órgãos colegiados, quando compostos por vários juízes. Todas essas decisões/sentenças são importantes para demonstrar os processos de mudança social, contudo as decisões emanadas do órgão colegiado, Supremo Tribunal Federal, são aquelas que se tornam paradigmas (fontes de pesquisa para a aplicação do direito material, jurisprudências), e algumas possuem até mesmo força vinculativa.

Logo, têm maior poder para gerar qualquer tipo de mudança social, pois, além de algumas serem vinculativas, isto é, em qualquer parte do território brasileiro que se discuta o mesmo direito analisado por aquela decisão deverá seguir o que nela foi decidido, por isso elas estão disponibilizadas para o conhecimento de todos, pois são válidas em todo o território nacional e são proferidas pelos órgãos da maior hierarquia do judiciário, os ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em virtude das decisões do Supremo Tribunal Federal se consistirem em um paradigma não só como instrumento de mudança social, mas também como uma evidência dessa mudança, algumas decisões/sentenças do Supremo Tribunal Federal serão selecionadas e analisadas, desde a vigência do Código Penal de 1940.

Ao pensar sobre condições de uma mudança social controlável, Luhmann (1985) define, antes de tudo, o processo social e a estrutura, ele entende que o processo social é a mudança na estrutura das interações da convivência humana, e a estrutura são premissas estabelecidas e não problematizadas, o que não significa dizer que não podem se alterar. Para ele, as estruturas não são, invariavelmente, absolutas, elas se alteram, contudo isto não é possível de acontecer quando seu conteúdo de sentido se alterar, ao mesmo tempo em que ele funcionar como estrutura.

Apesar de trabalhar com a sociologia do direito especificamente, Luhmann (1985) enfatiza que o direito ou as expectativas normativas não compõem a totalidade das premissas estruturantes. “A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica.” (LUHMANN, 1985, p. 121). Diante disso, o sociólogo orienta que, para compreender adequadamente a sociologia do direito, isto é, o caráter social do direito, não basta apenas entender a sua interpretação e sua imposição, deve-se começar questionando sua compatibilidade estrutural.

Sendo assim, a sociedade e sua capacidade para absorver as mudanças jurídicas dependerão da multiplicidade de referências entre sistemas e ambientes, assim como das interdependências no sistema social, não podendo estas interdependências serem tão altas, uma vez que não seria possível produzir efeitos como as mudanças jurídicas, se não houvesse limitações nessa dependência entre sistemas e ambientes do sistema social.

Para Miguel Reale (1999), o êxito de uma norma jurídica depende de um conjunto de fatores presentes nas estruturas sociais, apesar de ela surgir como algo destinado a durar, a condição de sua permanência deriva de sua verificação em um complexo de fatores e em um complexo de valores.

É a razão pela qual as leis promulgadas de afogadilho, sem adequação com a sociedade a que se destinam, têm vida tão fugaz e precária como a da sua elaboração. (REALE, 1999, p. 562)

Assim, mesmo que a norma seja algo feito para durar e que o Direito não seja fruto de transformações bruscas, por harmonizar a justiça com a segurança, Reale (1999) afirma que não há norma jurídica imutável.

Para Reale (1999), o Direito não é só normativo, pois a sua eficácia depende dessas circunstâncias histórico-sociais, ou seja, a norma é flexível diante do complexo fático-axiológico que condicionou sua criação, e diante do complexo fático-axiológico ao qual ela busca atender no percurso do processo histórico.

O Direito, para esse autor, não se resume em postulados normativos, há valores que determinam e fatos que o condicionam de tal forma que, quando a norma é vigente, ela tem experiência jurídica, por meio dos advogados, dos atos normativos, das decisões judiciais, dos administradores, dos tribunais e outros, mas, quando sua experiência não é adequada às circunstâncias fático-axiológicas o seu destino é ser revogada.

Reale (1999) também salienta que a regra jurídica deve ser interpretada por meio da correlação com outras regras do ordenamento jurídico e, principalmente, com o conjunto de princípios que formam sua base jurídica. Esta afirmação de Reale (1999) se configura, por exemplo, nos momentos em que alguns ministros, nas decisões judiciais analisadas, defendem que é preciso interpretar o Código Penal de 40 à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da Constituição Federal de 1988.

Esse autor demonstra ainda que há leis tão incongruentes com o contexto social que não geram nenhuma consequência e existem apenas no papel, a tal ponto que o legislador se esquece de revogá-las.

Todavia ele defende que há outros casos de alteração das normas jurídicas, quando, com o percurso do tempo, elas sofrem mudança em suas interpretações, sem que, para isso, ocorra mudança nas palavras das redações originais. Isto acontece em virtude da interferência de alguns fatores, como o impacto de valorações novas, a superveniência de fatos, a intercorrência de outras normas, ou todos esses fatores em conjunto.

Para Reale (1999), não faz sentido compreender a norma em si, isolada, pois ela deve ser interpretada no momento e no espaço de sua condição social e histórica, que não é o mesmo do qual ela se originou.

O Direito, diferente do que os dogmáticos do Direito Puro asseguram, jamais se esgotará em soluções normativas de caráter definitivo, porque, conforme Reale (1999) defende, ele é um processo aberto, condicionado pela síntese dinâmica entre fato e valor.

Para o autor, não se pode ignorar o aspecto lógico formal das normas, tão defendido pelos teóricos dogmáticos, contudo deve-se ter consciência de que as normas comportam outro aspecto de se constituir como um processo de experiência humana concreta, em que fato e valor se contrapõem e se integram ao mesmo tempo.

Querer interpretar um sistema de norma, como o Código Civil ou o Código Penal, tão somente naquele que eles expressam no plano lógico-formal, é deixar de lado o próprio problema da vida ou da experiência jurídica, muito embora a Ciência do Direito seja prevalentemente ciência de *normas*, e desde que estas não sejam reduzidas a meras entidades lógico-ideais. (REALE, 1999, p. 580)

Para Reale (1999), a norma é um momento de uma realidade histórica cultural, sendo assim, é um processo que só pode ser compreendido levando em consideração o desenvolvimento dialético entre valor e fato, logo, a dogmática seria apenas uma parte do Direito, o momento culminante da experiência jurídica, mas não representa o Direito por si só.

O autor justifica seu argumento de que a regra jurídica só pode ser compreendida por meio da relação com as circunstâncias de fato e de valor, quando uma mesma norma recebe interpretações diferentes e adquire significados diversos sem ter tido alteração na sua redação.

Além disso, Reale (1999) cita a importância da Jurisprudência³ como sendo uma fonte do Direito como experiência social concreta, que varia com as características e a circunstância de cada povo, por isso ser ela uma das fontes de pesquisa documental desta dissertação.

³ É o conjunto de decisões proferidas pelos órgãos superiores (tribunais).

Para Reale (1999), apesar de o Direito sofrer modificações ao longo da História, há algo que se mantém, há uma constante axiológica a salvo de transformações, que nos permite compreender o direito como um fenômeno universal.

Assim, para esse autor, cabe ao filósofo do direito compreender quais são os valores que dão legitimidade ao Direito e a seus institutos, o que faz os membros de uma sociedade obedecer a algumas regras jurídicas e sobre outras não terem conhecimento, apesar de ambas terem vigência e fazerem parte do Direito Positivo, este que se dá ao trabalho de colocar em sintonia as normas vigentes com as inúmeras exigências da sociedade civil.

O primeiro requisito das regras jurídicas, conforme Reale (1999), é existirem para amparar um valor ou impedirem um desvalor, e, uma vez vigentes, influenciam, e sofrem influência de outras normas, e isso é indispensável à sua própria interpretação.

É razão pela qual, certas regras, repelidas com veemência ao serem promulgadas, dado o seu caráter manifestamente injusto, perdem muito de sua nocividade, quando interpretadas como devem ser, não em si mesmas, mas em função de todo o Direito vigente. (REALE, 1999, p. 596)

Reale (1999) atribui à vigência outro significado que não aquele puramente normativista de cunho formalista que determina quando uma regra entra em vigor. Para este autor, a vigência implica uma referência aos valores que determinam o surgimento da regra e as condições fáticas que asseguram sua eficácia social.

O Direito, segundo o pensamento de Reale (1999), não seria um valor em si, mas é um dos meios pelo qual os valores se concretizam de forma que é uma experiência jurídica da qual os valores participam por determinado tempo quando dão lugar a outras novas e incessantes formas de experiência jurídica.

Assim, o problema da positividade no Direito, na teoria de Reale (1999), seria buscar compreender como uma norma jurídica realmente se torna efetiva e não aparentemente.

O fato de a norma ter como condição de existência o amparo a um valor faz com que a própria sociedade exija certeza em relação ao Direito, exija um Direito vigente. Porém a vigência, como já foi destacado, é um problema mais complexo do seu sentido técnico jurídico, para Reale (1999), ela está ligada ao Poder.

A positividade, na teoria desse autor, envolve vigência e eficácia para a realização social dos valores, se o problema da vigência já foi colocado, cabe adentrar sobre o problema da eficácia.

Uma norma vigente influi diretamente no meio social, e é por isso que ela é positiva, entretanto uma norma, uma vez vigente, pode se tornar eficaz, mesmo que já tenha sido revogada. Da mesma forma que uma lei pode ter vigência formal e não ter atingido o momento da eficácia, se pode considerá-la juridicamente positiva.

A questão da eficácia e vigência explica por que algumas normas são revogadas pelo desuso, pois se tornam preceitos normativos que não mais se aplicam à convivência social.

O hábito de viver vai aos poucos influenciando sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva. (REALE, 1999, p. 610)

Isto pode ser exemplificado pela figura penal do “rapto consensual”, que não condizia com o contexto social do século XXI, e tornou-se um preceito jurídico em desuso. Assim, o Direito, como uma experiência, vai se transformando com o decurso do tempo para se adaptar aos valores humanos concretos.

3. Sobre o crime em duas perspectivas

Durkheim (2006) analisa o crime como um fato social e faz isso a partir das distinções entre os fenômenos normais e patológicos. Primeiro, ele questiona o reconhecimento do que é o fenômeno normal, pois há alguma característica que o distingue do fenômeno patológico, e este critério não se baseia em opiniões e sentimentos.

Para isso, Durkheim (2006) considera que todo fenômeno social pode, em algum momento, se revestir de formas diferentes sem perder sua essência. Assim, cada fenômeno possui formas gerais que o definem em toda a sua existência, e estes fenômenos podem ser observados em todas as sociedades, mesmo que suas formas gerais não apresentem configurações idênticas, isto são fenômenos normais. Contudo há formas excepcionais que podem revestir o fenômeno com limitações de tempo e de espaço, que são patológicas. Logo, considerar um fato patológico só é possível quando se tiver um tipo médio como referência para analisá-lo.

Seguindo esse raciocínio, pode-se pensar, em um primeiro momento, que o crime seria um fenômeno social patológico, pois é contrário às regras e ao direito de determinada sociedade.

Contudo Durkheim (2006) ressalta que o crime não está presente em uma ou outra sociedade. Ele está presente em todas as sociedades de todos os tipos, sendo impossível existir uma sociedade isenta dele. Para o autor, o crime é um fenômeno normal, que está ligado à vida coletiva, e ele só será patológico quando atingir taxas exageradas.

O crime é necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas precisamente por isso, é útil; porque estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito. (DURKHEIM, 2006, p. 86)

O crime, sob a perspectiva durkheimiana, é, então, inevitável. Em uma sociedade, independente da forma como se organiza, dos costumes, tradições, regras morais, haverá sempre os indivíduos que irão divergir do tipo coletivo.

Pode ser que o crime ou a conduta reprovável a uma dada sociedade seja diferente para outras, ou que, diante das mudanças de uma mesma sociedade, possam ocorrer variações, mas o crime, como fato social, sempre existirá.

Na sociedade brasileira, as condutas consideradas crimes estão previstas no Código Penal de 1940 e em legislação esparsa. Na redação deste Código e leis, há condutas criminosas de diversas ordens, podem ser: crimes contra a vida, crimes contra a honra, crimes tributários, crimes ambientais, entre outros.

O atual Código de 1940 não foi o único código penal vigente no Brasil. Assim como Durkheim chama a atenção para a variação dos crimes em uma sociedade, conforme as condições de existência se modificam, a substituição e a alteração da redação desses códigos são o exemplo disso. Alguma conduta que antes era tipificada como crime pode deixar de ser e vice versa, da mesma forma que algum ato passa a ser reprovável a ponto de ser tipificado no código como um crime, em outras palavras, é o mesmo sentido do pensamento de Reale, quando ele fala da adequação da norma ao complexo de valores e complexo de fatos.

Compreender o conceito jurídico de crime implica estudar o Direito Penal. Em uma perspectiva jurídica sobre o crime e o Direito Penal, Claus Roxin (2007) comenta que, hoje, a pena se dirige aos comportamentos que são inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura entre os cidadãos. Diferente do que era em outra época, quando o Direito Penal era fundamentado em preceitos morais, religiosos, costumeiros.

Essa transformação no Direito Penal brasileiro, ao menos no que se refere aos crimes sexuais, foi lenta, pois a redação original do Código Penal de 40 tinha como tutela

impor determinado comportamento sexual adequado à moral e aos bons costumes, disposição que foi modificada no século XXI com a alteração na redação sobre esses crimes sexuais.

Conforme ensina Claus Roxin (2007), o que caracteriza o Direito Penal não é a imoralidade de um comportamento, e, sim, a nocividade social. Não interessa ao Direito Penal se o seu comportamento sexual é adequado ou não à moral social, desde que isso seja feito com consentimento e não perturbe o convívio pacífico.

Assim, pelo fato do Direito Penal se preocupar com aqueles comportamentos que são nocivos ao convívio social, ele segue o princípio da subsidiariedade, isto é, quando nenhum outro meio político social for eficaz para coibir determinado comportamento, recorre-se ao Direito Penal. É o mesmo sentido da expressão *ultima ratio*, que quer dizer que o Direito Penal só intervirá quando estritamente necessário. Ver-se-á que este argumento foi utilizado por alguns juristas para criticar a criação de novas tipificações penais, como o crime de assédio sexual, que foi incorporado ao Código Penal de 40 em 2001. Contudo, não se pode confundir este princípio da subsidiariedade do Direito Penal e utilizá-lo como fundamento para justificar o descaso do poder e das políticas públicas em relação à violência de gênero. Este descaso tem como exemplo quando a violência doméstica e familiar contra a mulher era um crime punido por meio da Lei nº 9.099 de 1995, Lei dos Juizados Especiais, destinada a crimes de menor potencial ofensivo.

Em uma perspectiva jurídica, o crime é constituído por três elementos que constituem pressupostos da punibilidade, são eles: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpa.

A tipicidade está intimamente ligada ao princípio da legalidade⁴, que expressa que o comportamento humano só será punido quando houver um dispositivo que descreva expressamente aquela conduta como um ato proibido imputando-lhe uma pena.

O outro elemento do crime é a antijuridicidade, pois nem todo comportamento típico é punível, pois, dependendo da forma como ele acontece, justifica-se a conduta excluindo-se a sua punibilidade, por exemplo, nos casos de legítima defesa. O Código Penal brasileiro prevê as circunstâncias que excluem a punibilidade, quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, ou em legítima defesa, ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.

Para Roxin (2007), quando se configuram no comportamento estes dois elementos, a tipicidade e a antijuridicidade, diz-se que o fato do agente é um injusto, o que

⁴ Este princípio consiste em não considerar crime qualquer conduta, quando não houver lei que a prescreva. Está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II – ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e no que tange ao crime está prevista no inciso XXXIX, que dispõe não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

quer dizer que será culpável. Este é o outro elemento que concretiza o crime, o da culpabilidade, pois para que a pena seja imposta, deve haver culpa. Não se pune o agente quando sua conduta é ausente de culpa. É por exemplo o caso do inimputável, aquele que não é capaz de entender o caráter ilícito da sua conduta. O Código Penal também prevê circunstâncias de excludentes de culpabilidade: quando o agente tiver alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, quando for menor de 18 anos, ou embriagado completamente, de caso fortuito que, ao tempo da ação, seria incapaz de se reconhecer o caráter ilícito da sua conduta.

4. Código Penal Brasileiro – breve histórico

Depois de dissertar sobre o direito na perspectiva dos clássicos, sobre o conceito de positividade, direito e mudança social, em uma visão da sociologia jurídica, de dissertar, também, sobre o conceito de crime, é importante fazer um breve histórico sobre o direito penal no Brasil, partindo do pressuposto de que os institutos que existem hoje são consequências de uma experiência jurídico-social histórica.

Desde os primeiros habitantes do Brasil, pode-se afirmar que o direito penal que existiu foi o das civilizações que aqui existiam antes da colonização. Não havia um direito positivado, escrito e estabelecido por meio de um processo, apenas a partir do ano de 1500, com o período colonial, é que o direito passou a ser positivado.

No período colonial, todo o direito que vigorava no Brasil era o da metrópole. Em Portugal, estavam em vigor as Ordenações do Reino, que, depois de editadas, passaram a ser denominadas Ordenações Afonsinas, e, com o reinado de Dom Manoel, passaram para Ordenações Manoelinas. (BUENO, 2010, p. 178).

Ainda seguindo os estudos de Bueno (2010), surgiram as Ordenações Filipinas que tiveram maior importância no Brasil. Elas entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603 e eram um código marcado por distinguir classes sociais, ignorar os direitos fundamentais e impregnados de dogmas da Igreja, inclusive no que tange a punir crime de natureza sexual. A parte penal nas Ordenações Filipinas correspondia ao Livro V, duramente criticado em vários outros países, mas que até aquele momento histórico, tinha sido a legislação penal de maior longevidade no Brasil.

O autor assinala que, com a proclamação da independência em sete de setembro de 1822, tornou-se imprescindível buscar um novo direito, pois as Ordenações Filipinas

contradiziam o novo contexto político social. Diante disso, impôs-se a Constituição do Império, e, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império foi considerado, para os estudiosos do direito daquele contexto social e histórico, uma das melhores codificações penais em vigência até então.

Da mesma forma, segundo Bueno (2010), com a república, foi necessário, também, um novo direito. Logo se buscou a elaboração de um novo código penal, que entrou em vigência com o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. O Código foi bastante criticado, o que pode ser justificado pela comparação que era feita com o anterior. Segundo as críticas, sua redação trazia imperfeições técnicas e deficiência de conceitos elementares. Em virtude dessas deficiências apresentadas pelo Código Republicano, foi produzido um abundante acervo de leis penais especiais, que entraram em vigor com o estatuto criminal a partir do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.

Para Bueno (2010), apesar da Consolidação das Leis Penais, o sentimento de um novo código era presente, de forma que foi publicado o novo Código Penal a partir do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942. Este é o Código Penal objeto de estudo deste trabalho, no que concerne às alterações que sofreu na redação dos crimes sexuais ao longo dos anos.

Bueno (2010), à medida que traça um breve histórico do Direito Penal brasileiro, compreende de forma profunda o quão é importante analisar as alterações das leis e da redação destas para se entender o direito atual e também o próprio contexto social daquela época como desta.

Outras valiosas conclusões de cunho científico poderão ser obtidas mediante a análise pormenorizada dos diversos institutos gerais da legislação penal e mesmo dos delitos em espécie, já que, em sua origem remota, encontrar-se-á o escopo que norteou sua criação.

E pelo mesmo processo será passível de verificarem-se as razões que conduziram a eventuais alterações legislativas, até atingir-se a sistemática hodierna, de molde que cada vez mais haja o progresso científico do direito penal e, como consequência, a otimização de sua funções. (BUENO, 2010, p. 180)

O autor elabora o histórico da legislação penal no Brasil, centralizando sua análise nos Códigos Penais que já vigeram, porém ele ressalta que, para se chegar a conclusões valiosas de cunho científico sobre o Direito Penal no Brasil, a análise detalhada e sistemática dos delitos em espécie permitiria verificar os motivos que levaram a determinadas alterações legislativas. O que se pretende, nesta dissertação, é analisar e pesquisar pormenorizadamente

a redação dos crimes sexuais, a fim de verificar não exatamente os motivos para as alterações, mas, sim, compreendê-las sob uma perspectiva do gênero.



GÊNERO E SEXUALIDADE

1. Os momentos da teoria feminista

Após dissertar sobre o crime em uma perspectiva sociológica e jurídica, sobre o direito para os clássicos, sobre o conceito de positividade e mudança social a partir da sociologia jurídica e, por fim, destacar os Códigos Penais brasileiros, passa-se agora para a análise do outro lado do problema. Neste trabalho, não basta analisar apenas o tratamento jurídico dado ao crime sexual com base em suas alterações, desde que entrou em vigência até o momento atual, pois a proposta é entender tais alterações sob uma perspectiva de gênero. Então, o que é o gênero e qual sua relação com a sexualidade?

Antônio Flávio Pierucci (1999) relata que, na “primeira onda” do feminismo, no século XIX e início do XX, as feministas rejeitavam a palavra diferença em seu discurso, pois buscavam direitos iguais aos dos homens. A luta se baseava em direitos iguais em termos legais, civis, políticos e, até mesmo, comportamentais. Contudo não basta termos direitos iguais perante a lei (igualdade formal), há uma premissa do direito de que se devem tratar os desiguais de forma desigual, na medida em que essa desigualdade se estabelece na realidade (igualdade material).

É por isso que a diferença não deve ser ignorada, muito menos o valor simbólico que ela representa na sociedade, no que se refere à desigualdade. Na “segunda onda” do feminismo, nos fins da década de sessenta e início da década de oitenta, Pierucci declara que esta diferença foi redescoberta. Todavia os primeiros trabalhos que resgataram a “diferença” ainda estavam presos em tentar compreender a causa dessa diferença, se ela está relacionada à natureza ou à cultura, qual desses caminhos é o mais reducionista, porque as leis não tratam homens e mulheres de maneira diferente, entre outros questionamentos.

Em um segundo momento teórico da “segunda onda”, as feministas revolucionam com a diferenciação entre “sexo” e “gênero”. Esta fundamentação teórica revolucionou não apenas os estudos feministas como todas as ciências sociais, influenciando a própria luta política das mulheres e mexendo com as estruturas da teoria e da prática.

Pierucci (1999) cita Simone de Beauvoir como a precursora dessa segunda onda, pela famosa frase de sua autoria, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Alguns anos depois, consolidam-se os conceitos de “sexo” como um dado biológico, e o “gênero” como a

imposição social e cultural sobre esse dado, ou seja, enquanto o sexo é um dado, o gênero é uma construção social.

Apesar da indiscutível fundamentação teórica elaborada a partir do conceito de gênero e da diferença entre “sexo” e “gênero”, Pierucci observa que as teóricas caíram na cilada da diferença, ao tentarem criar uma grande narrativa sobre a “mulher” e a “diferença feminina”, isto é, uma forma de reducionismo, porque essencializa o conceito de mulher. Ou seja, não existe uma mulher universal e muito menos as experiências de opressão e desigualdade são vivenciadas da mesma forma.

Assim, surge um novo discurso feminista, que critica essencializar a diferença. Defende-se, nesse novo momento da teoria feminista que segue até os dias atuais, que não há uma oposição universal entre a mulher e o homem, pois isto dificultaria até mesmo estudar as diferenças entre as mulheres, pois, ao essencializar o sujeito “Mulher”, é o mesmo que dizer todas as mulheres possuem as mesmas características, as mesmas diferenças, nas palavras de Pierucci, o risco do *essencialismo diferencialista*.

2. Gênero: teorias que constroem este conceito

Na França de 1949, Simone de Beauvoir lança seu livro “O Segundo Sexo”, no qual faz uma análise da distinção entre os sexos e chama a atenção para a maneira como os fatos biológicos tomam significações sociais. Ela faz um apanhado das várias formas e tipos de reprodução na natureza e do papel da fêmea em algumas espécies, buscando desmistificar a ideia de que esta é fragilizada em relação ao macho.

É claro que entre o ser humano e as outras espécies de vida animal há uma diferença fundamental, mas a conclusão de sua teoria é que nos interessa, quando ela defende que o corpo não é algo dado, mas, sim, uma situação. É o nosso instrumento para agir diante do mundo e realizar nossos projetos. Desta forma, ao nascer com o corpo de uma mulher não é o suficiente para ela assim se definir, “ele só tem uma realidade vivida enquanto assumido pela consciência por meio das ações e no seio de uma sociedade.” (BEAUVOIR, 2000, p. 57).

Conforme a frase precursora de Beauvoir, que não se nasce mulher, torna-se mulher, o que se compreende para Beauvoir é que, quando nascemos, todos temos um corpo, mas este corpo se tornará uma mulher quando sofrer a ação da educação, da cultura, da família, da sociedade etc. A autora demonstra que é a criação e o tratamento diferente dispensando à menina e ao menino que inicia a transformação em mulher e homem, respectivamente.

A autora cita exemplos, ao dizer que, até certo momento de vida, meninos e meninas passam pelas mesmas experiências, por exemplo, a desmama, e reagem a elas igualmente, não há diferenças discrepantes que possam atribuir a fatores biológicos, psicológicos.

Contudo, à medida que vão crescendo, vão recebendo tratamentos diferentes. Beauvoir chama a atenção para uma segunda desmama, quando as meninas são mais privilegiadas, porque aos meninos são recusados carinhos, beijos, abraços, enquanto que, para aquelas, não. As meninas devem receber um tratamento mais carinhoso, enquanto que o menino não pode pedir beijo ou carinho, justifica-se esse tratamento à criança dizendo que os meninos são mais fortes.

De acordo com a autora, esse tratamento diferenciado é reproduzido na educação das crianças, o pênis do menino é interpretado como a personificação da sua virilidade, da sua superioridade em relação à menina. Por isso, muitos meninos têm orgulho de seu sexo, veem nele seu álter ego e encarnam nele sua soberania. Diante disso, enquanto o menino cresce sendo exaltado por possuir pênis, este aparece como quem pode usar e abusar de seu órgão sexual e até brincar com ele, enquanto o órgão sexual da menina é colocado como um tabu. Isto gera, em algumas meninas, o sentimento traumático de desejar possuir o sexo masculino, acreditam que são desprestigiadas em relação ao menino.

Dessa forma, continua Beauvoir, a mulher, desde os primeiros anos de vida, é educada para ser sensível, privada de sua liberdade e passiva, não sendo isto um dado biológico e, sim, uma imposição por parte de educadores e da sociedade. Além disso, cabe à menina o trabalho doméstico, ela tem a responsabilidade de cuidar da casa, lavar as roupas, cuidar dos irmãos, enquanto que o menino é livre desse trabalho. Tudo que envolve a menina, a começar pela sua própria família, em que o pai assume a autoridade principal por ser o chefe provedor, como também a cultura que se estabelece além das fronteiras da casa, contribui para reafirmar aos seus olhos a hierarquia masculina.

A autora chama atenção para vários fatores que confirmam sua visão. Para ela, à menina é imposta uma prisão desde cedo, a do padrão de beleza, em que deve sempre parecer uma princesa para ser admirada por todos. A menstruação na puberdade é colocada como uma maldição, justamente porque representa sua feminilidade, ou seja, sua inferioridade. Ela passa a ter vergonha tanto desta situação como do fato de seu corpo estar se transformando de uma menina para uma mulher. Beauvoir pondera que, em uma sociedade igualitária, a experiência da menstruação não passaria de uma forma em que a menina chega à maturidade, mas, em uma sociedade não igualitária, é a personificação de sua inferioridade, de seu destino.

Em estudos mais recentes, a autora norte-americana, Joan Scott (1990), avança em relação Beauvoir, porque traz, em sua obra, a discussão sobre o conceito de gênero. Isto é, o pensamento de Beauvoir é basilar para se compreender este novo conceito, mas ele surge posteriormente. Scott alerta para não se fazer o uso da palavra gênero em seu sentido literal, e crítica também considerá-la apenas como um termo que nos remete à relação entre os sexos, porque, para ela, é muito mais do que isso, trata-se de tentar descobrir o alcance dos papéis sexuais nas diversas sociedades.

Scott (1990) observa que, em um determinado momento, a palavra “gênero” passou a ser utilizada pelas feministas como referência a uma organização social da relação entre os sexos. Para ela, usar o conceito nesse sentido era uma forma de substituir as teorias que se centravam apenas na “mulher” de forma separada, para pensar em uma abordagem que introduzia uma noção relacional, ao mesmo tempo em que rejeitava o uso da “palavra” sexo, remetendo a um determinismo biológico.

Scott (1990) defende que gênero, raça e classe são três categorias pelas quais as desigualdades de poder são organizadas. Ela destaca que não há um consenso teórico sobre esses conceitos. Por exemplo, o gênero pode significar várias posições teóricas entre as feministas, mas também se referir às relações entre os sexos.

Neste capítulo, discutir-se-á sobre a transformação do gênero em um conceito que “cai” nas armadilhas do essencialismo, contudo, depois, passa-se a desconstruir paradigmas. Esta discussão também vale-se da obra de Scott (1990), por se tratar de um estudo sobre o tema da experiência. Na obra, ela faz um estudo semelhante na afirmação sobre elevar o gênero a uma categoria útil de análise, pois a solução não está em buscar na História os momentos (as experiências visíveis) em que as mulheres se destacaram (seja no campo político, social, etc.), para que esses dados sirvam como justificativa que contradiz a realidade de opressão em que vivem. Trata-se de elevar o gênero a uma categoria de análise do social, assim como a classe e a raça, deve-se pensar nas desigualdades de poder organizadas a partir destes três eixos.

Tanto o gênero, como a classe e a raça/etnia são categorias de análise do social que expressam diferentes formas de opressão e desigualdades, de forma que pensá-las integradas evidencia que podem se reforçar, não cabe compreendê-las isoladamente, não se é apenas mulher, pertence-se a uma classe e a raça/etnia. Não se pode ignorar o fato de que, dependendo da forma como o poder é organizado com base nesses três eixos, mulheres que pertencem a uma mesma sociedade conviverão com diferentes formas de opressão e discriminação, por pertencerem a grupos diferentes no que se refere à classe e a raça/etnia.

Scott (1990) lembra que o termo gênero, em algumas obras, já foi utilizado como sinônimo de mulher, mas, quando constituído como um termo das ciências sociais, ele se dissocia desse caráter da política feminista e deixa de designar uma posição sobre desigualdade e poder, e, ao mesmo tempo, inclui as mulheres sem lhes nomear.

Assim, a autora afirma que o termo “gênero” se refere tanto ao homem quanto à mulher, que estudar sobre um implica estudar sobre o outro. O termo é a rejeição de qualquer forma de determinismo biológico, pois indica a construção social, mas, ao mesmo tempo, remete a um sistema de relações que podem incluir o sexo. Scott ressalta que o gênero não é determinado pelo sexo e muito menos determina a sexualidade.

A autora enfatiza o importante papel da linguagem para compreender as construções das personalidades e a história humana, pensando na linguagem não somente como o uso das palavras, mas também como símbolos e metáforas.

Nesse sentido, a autora esclarece que interpretar o conceito de gênero centralizando na linguagem permite problematizar as categorias “homem” e “mulher” e pensá-las como construções subjetivas, e não fixas e inerentes. Apesar disso, deve-se ter cuidado para não contribuir em tornar a oposição binária entre essas categorias como algo fixo e eterno.

Temos a necessidade de uma rejeição do caráter fixo e permanente da oposição binária, de uma historicização e de uma desconstrução autênticas dos termos da diferença sexual. Devemos nos tornar mais atentas às distinções entre nosso vocabulário de análise e o material que queremos analisar. (SCOTT, 1990, p. 13)

De acordo com Scott (1990), no fim do século XX, as teóricas feministas começaram a desenvolver o conceito de gênero como uma categoria útil para analisar o social, as desigualdades na relação homem e mulher e, também, para demonstrar a inadequação das teorias anteriores.

Para Scott (1990), as teóricas feministas deviam rever e examinar melhor seus métodos de análise e parar de buscar uma causa geral e universal, ou uma origem única. Deve-se questionar sobre como acontece a mudança, articulando o sujeito à organização social. Essa conclusão da autora sobre a construção do conceito de gênero é importante para a pesquisa desta dissertação, uma vez que, ao analisar a redação dos crimes sexuais sob uma perspectiva de gênero, não se pretende buscar uma causa geral para as alterações e mudanças que ocorreram e, sim, compreender como se deu esse processo.

Por fim, a autora define gênero em partes e subpartes ligadas entre si. O núcleo essencial do conceito possui duas partes: a do elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos e a de ser um primeiro modo de dar significado às relações de poder.

Essas duas partes constituem o núcleo essencial desse conceito, todavia há as subpartes: os símbolos culturais, os conceitos normativos, as instituições e organização social, e a identidade subjetiva, que constituem o gênero como um elemento constitutivo de relações sociais fundadas em diferenças entre os sexos. A outra parte do conceito de gênero se constitui, quando Scott aponta que este é o primeiro campo (não o único) no qual o gênero é articulado, em que significações de poder e de gênero se constroem reciprocamente.

No Brasil, contribuindo também para a construção do conceito de gênero, Heleieth Saffioti (1994) reflete que, em nível de uma sociedade, não se pode dizer que existam fenômenos naturais, pois toda a atividade humana é mediada pela cultura. Logo, é necessário compreender como se processam culturalmente as diferenças entre homens e mulheres.

Para Saffioti (1994), não significa buscar igualdades fora do campo social e nem de negar as diferenças entre homens e mulheres, mas entender como se realiza essa diferença em um campo mediado pela cultura. Além disso, não há como falar de diferenças sem falar em semelhanças, pois as pessoas situam-se nos eixos de distribuição de poder (gênero, raça/etnia, e classe social) em virtude das semelhanças e diferenças que existem entre elas.

Ela atenta para a importância da relação entre gênero, classe e raça, pois defende que o sujeito não é uma unidade, e, sim, um ser múltiplo, e o que se deve combater não é o inimigo personificado no homem, mas um padrão dominante na relação de gênero, pensando em uma perspectiva relacional. Porque a opressão não se restringe apenas à relação do homem com a mulher, ela passa pelas contradições sociais básicas de gênero, raça/etnia e classe social.

Para Saffioti (1994), o gênero pode ser concebido como uma relação entre sujeitos históricos e combater o padrão dominante da relação de gênero não quer dizer que seja, necessariamente, uma relação entre homem e mulher. Isto é, singularizar o inimigo como sendo o homem pode fazer com que se perca na relação constituída entre os três eixos de classe social, gênero e raça/etnia, pois o gênero normatiza também as relações entre homem e homem, mulher e mulher. Essa definição é muito importante para o trabalho, uma vez que há forte tendência em personificar o inimigo e vitimizar a mulher quando se trata de violência sexual.

Saffioti (1994) está de acordo com Scott, quando afirma que as relações de poder se distribuem entre os três eixos (gênero, raça e classe social), mas discorda, quando esta entende que o gênero é a primeira forma na qual se articula o poder, porque, para Saffioti, os três eixos se encontram na mesma posição, agindo um sobre o outro reciprocamente e na sociedade.

Outra estudiosa norte-americana que disserta sobre o conceito de gênero, com o foco nas teorias que versam sobre este conceito, é Sandra Harding (1993). Ela saliente que as primeiras teorias feministas, que tinham como base linhas de pensamento como o marxismo, a psicanálise e o funcionalismo, não são teorias que partiram da experiência das próprias mulheres. A autora busca mostrar a forma como algumas análises sexistas são inadequadas e como algumas formulações feministas iniciais são insuficientes.

Harding (1993) afirma que, para todas as teorias não feministas, o paradigma era do homem universal. É neste sentido que se deve duvidar, então, de teorias que tomam a mulher como sujeito universal. Logo, as teorias que, antes, pareciam úteis, a partir das experiências das mulheres brancas, ocidentais, heterossexuais e burguesas, passaram a ser questionadas diante das experiências de outras mulheres.

A autora critica as primeiras teorias feministas das mulheres, brancas, ocidentais, burguesas e heterossexuais, que tentavam buscar uma única e verdadeira versão da história feminista, pois isto é reproduzir a prática política que se busca combater. Para Harding (1993), essa realidade não é uma conspiração, mas uma consequência do padrão histórico, porque eram aquelas mulheres (brancas, burguesas, ocidentais e heterossexuais) que tinham tempo e recurso para criar teorias.

Contudo presumir que o seu discurso, a sua teoria e proposta de solução para os problemas seja válida para todas as mulheres e suas experiências, é reproduzir as mesmas práticas de dominação nas relações de gênero que se visa combater. É neste sentido que Harding (1993) define como proposta a de pensar os desafios das teorias feministas durante aquele processo de construção teórica.

Assim, a autora argumenta que, ao invés de continuar revendo os esquemas teóricos e descobrindo discursos androcêntricos das categorias utilizadas pelas feministas, é melhor reconhecer a instabilidade destas categorias analíticas e a ausência de um esquema teórico fixo.

Não passa de delírio imaginar que o feminismo chegue a uma teoria perfeita, a um paradigma de “ciência normal” com pressupostos conceituais e metodológicos aceitos por todas as correntes. As categorias analíticas

feministas devem ser instáveis – teorias coerentes e consistentes em um mundo instável e incoerente são obstáculos tanto ao conhecimento quanto às práticas sociais. (HARDING, 1993, p. 11).

Harding (1993) advoga que há duas propostas a serem levadas em consideração que vão de encontro às teorias feministas iniciais. Uma é a corrente da ciência alternativa e a outra é a tendência do pós-modernismo¹, ambas instáveis e imperfeitas, mas com bons motivos, segundo a autora, para serem analisadas em seus aspectos conflitantes.

A corrente alternativa, segundo Harding (1993), possui influência marxista quando defende poder refletir sobre o mundo e contribuir para a emancipação da humanidade, pondera que a construção teórica deve proporcionar uma compreensão mais completa, menos enganosa, defensiva e racionalizada do mundo, da natureza e da sociedade. Para a autora, é um projeto radical por si só, pois coloca a mulher como sujeito que racionaliza e observa de forma objetiva o mundo do qual faz parte, fato que nem na teoria marxista era considerado, pois as mulheres não eram vistas como membros de direito do proletariado, como capazes de raciocinar ou peças fundamentais nas relações de produção.

A tendência pós-moderna critica a perspectiva iluminista do homem como sujeito racional, objetivo, desapaixionada e racionalmente, posto a conhecer o mundo (objeto oferecido para reflexão). Para a teoria pós-moderna, não há um único conjunto de regras legitimado para conhecer a realidade, até porque ela se apresenta de várias formas, com muitas estruturas, conforme as ocupações dos grupos nas diversas posições das relações sociais.

Harding (1993) considera que as duas teorias possuem imperfeições e se contrapõem em alguns pontos, contudo a solução é buscar vê-las como abordagens convergentes e desistir da ideia de escolher uma em detrimento da outra.

Quanto à crítica que a autora faz às dicotomias e aos binarismos característicos das primeiras teorias feministas, para Harding (1993), não há como fugir da realidade da diferença estrutural entre o corpo de uma mulher e de um homem. Por isso, devemos entender as implicações advindas disto nas relações sociais.

¹ Para Giddens (1991), “pós-modernismo” seria uma tendência que surgiu com o uso de termos variados para se remeter à transição do final do século XX, que se refere à emergência de um novo tipo de sistema social. Contudo o termo que ele considera mais adequado é pós-modernidade (que, segundo o autor, não é sinônimo de pós-modernismo, mas, para este trabalho, interessa o significado do termo que contribui para compreensão da teoria de Harding), que significa uma trajetória do desenvolvimento social para um diferente tipo de ordem social, em que nada pode ser conhecido com alguma certeza, e isto se pode estender para a noção das identidades sociais no sentido em que Harding propõe, como se não houvessem identidade fixas ou predeterminadas.

Nessa optica, ela chama atenção para a dificuldade de defender alguns direitos – relativos ao trabalho, por exemplo – para as mulheres, em virtude da sua estrutura física sem cair na armadilha do determinismo biológico, de forma que defender que o reconhecimento de diferenças biológicas não seja interpretado como fatalidade, tanto para o homem quanto para a mulher. Sendo assim, ela conclui que as dicotomias são falsas, entretanto, não podem ser descartadas, pois ainda são fatores estruturantes de nossa vida e consciência.

É pertinente trazer a discussão deste conceito para a análise desta dissertação e perceber como cada teórica feminista aborda um aspecto importante do conceito de gênero. Porém, pode-se concluir que há um consenso, que é entender o gênero como a construção social do masculino e do feminino e não como um fator determinado por características biológicas e anatômicas. Seria impossível que as pesquisas sobre gênero fossem todas produtos de um consenso entre si e em relação ao discurso feminista, contudo o dissenso permite mais frutos, e as críticas levantadas pelas autoras destacam dilemas que devem ser solucionados para que a política feminista evite reproduzir atitudes que ela mesma pretende combater, ou seja, opressão sexual, de classe e de raça.

Sendo assim, como já foi assinalado no início deste capítulo, o conceito de gênero não é um conceito pronto e acabado, suas teorias são inúmeras, e essa diversidade é enriquecedora, pois promovem debates e discussões para o aperfeiçoamento da própria compreensão da realidade social. O que é interessante é que o gênero corresponde a uma categoria de análise do social; é uma categoria relacional e desmistifica qualquer teoria determinista ou que essencializa a mulher como frágil ou em condição de inferioridade em relação ao homem.

O conceito de gênero torna possível entender que, se há desigualdade entre homens e mulheres, ela não é fruto da diferença biológica ou morfológica que se estabelece entre ambos, mas, sim, da diferença, como acentua Saffioti e Harding, de uma construção social, histórica, cultural. Portanto, trata-se de algo que pode ser desconstruído, e é isso que o movimento feminista tenta fazer ao longo dos anos.

É possível trazer outras elaborações teóricas sobre o conceito de gênero tão ricas em conteúdo e importantes para a construção deste conceito como as que foram destacadas anteriormente. Todavia, para a pesquisa da dissertação, é necessário definir qual elaboração deste conceito é a mais adequada como fonte teórica de análise.

Nesse sentido, pensa-se que as próximas obras a serem abordadas são as principais fontes de referência para a análise dos crimes sexuais em uma perspectiva de

gênero, pois trazem a noção da categoria como uma construção discursiva compartilhada, além de rebater, a partir do conceito de gênero, a ideia de um sujeito essencializado.

Algumas teóricas já iniciaram a crítica em relação aos binarismos, por isso, além de discutir sobre a sexualidade como outra categoria imprescindivelmente ligada ao gênero e ao sexo, discute-se sobre o sexo e o gênero não como dicotomias, mas como duas categorias que compõem o discurso.

Inicialmente, Joan Scott (1998), no texto “A invisibilidade da experiência”, destaca o trabalho de Delany, que estuda a história da diferença e busca colocar em evidência a existência de práticas sexuais e instituições que permitiam essas práticas, mas que foram “escondidas”. Delany pretende tornar históricos fatos que foram suprimidos da história. Contudo Scott questiona tal estratégia, porque, para ela, pensar a “experiência” como um dado incontestável enfraquece o impulso crítico de histórias da diferença, pois tornar evidente as identidades daqueles cuja experiência está sendo documentada é naturalizar as diferenças.

Scott (1998) faz uma análise não só do conceito de experiência e de como ela foi abordada por vários historiadores como também articula isto com a história da diferença, com a noção de sujeito, processos de identidade e a criação de categorias fixas (sexualidade, gênero, desejo, mulher, homem, homossexual), que impedem de se compreender um inter-relacionamento historicamente variável entre as categorias. A autora faz uma contextualização da experiência a partir de perspectivas de diferentes autores, para defender uma natureza discursiva da experiência, e que ela é o que se pretende explicar e não a origem da nossa explicação.

Nesse texto, Joan Scott (1998) analisa a experiência e, a partir disso, articula essa categoria com outras categorias, como sexo, gênero e sexualidade, destacando e criticando quem as compreende como imutáveis ou invariáveis.

Para Scott, pensar a experiência como um dado impede outras discussões e aprisiona o conhecimento desta evidência. Por exemplo, quando se trata da história da diferença, aquele que emprega como estratégia colocar a experiência como um dado visível, deixa de pensar como esta diferença é estabelecida e como se opera e constitui sujeitos que veem e atuam no mundo.

Em outras palavras, a experiência concebida tanto por meio de uma metáfora de visibilidade, quanto por outro modo que tome o significado como transparente, reproduz mais que contesta, sistemas ideológicos dados – aqueles que presumem que os fatos da história falam por si mesmo e aqueles que se fundamentam em ideias de uma oposição natural ou estabelecida

entre, digamos, práticas sexuais e convenções sociais ou entre homossexualidade e heterossexualidade. (SCOTT, 1998. p. 302).

Scott (1998) enfatiza que tornar a experiência visível impede que se faça um exame crítico do sistema ideológico e suas categorias de representação, interpretadas como identidades fixas e imutáveis – homem/mulher, homossexual/heterossexual, branco/negro. Isso não só impede um exame crítico do sistema ideológico, como também das próprias categorias, o que elas significam, como se estabelecem, como se define o sujeito, entre outras premissas.

Isto é, para ela, a história trata-se de uma cronologia que torna as experiências visíveis, contudo categorias como desejo, homossexualidade, heterossexualidade, feminilidade, masculinidade, sexo, práticas sexuais, apesar de serem históricas, são colocadas como ahistóricas e entidades fixas, impedindo tanto que se analise o inter-relacionamento historicamente variável que elas implicam, como interpretá-las como mutáveis em relação à outra.

Interpretar essas categorias como imutáveis seria um empecilho para este estudo, pois nasce do pressuposto de que a época em que o Código Penal de 1940 foi elaborado, as categorias as quais discutimos nesta pesquisa (gênero, sexualidade, homem, mulher, etc.) faziam parte de um discurso compartilhado por um coletivo diferente do momento histórico que se vive e que se experiencia atualmente. Cabe investigar, então, quais as implicações disso no tratamento jurídico dos crimes sexuais sob a perspectiva da categoria gênero e por meio de uma comparação da redação destes crimes e das decisões dos órgãos colegiados.

Ao citar o exemplo da homossexualidade, Scott (1998) defende que os estudos que apenas se preocupam em tornar a experiência homossexual visível deixam de pensar que homossexualidade e a heterossexualidade se definem reciprocamente, que a fronteira entre ambas é mutável e que operam em estruturas de uma economia fálica, isto é, o desejo definido pela perseguição do falo.

Nesse sentido, Scott (1998) declara que tornar a experiência visível de determinado grupo (mulheres, negros e homossexuais) expõe que há mecanismos repressivos, mas não os explica, não determina sua lógica e seu funcionamento, sabe-se que a diferença existe, mas não se compreende como é constituída em relação mútua.

Ao definir o sujeito, Scott argumenta que é a experiência que o constitui, e não o sujeito que possui a experiência como um dado. Diante disso, a experiência é o que se procura explicar e, conseqüentemente, historicizar, e não é ela (a experiência) o fundamento, a origem

ou evidência (porque é vista ou sentida) do conhecimento. Ao fazer isso (historicizar a experiência), historicizam-se, também, as identidades que ela produz, buscando explicá-las e não as encarando como óbvias e incontestáveis.

Pensar a experiência, como Scott (1998) propõe, implica uma crítica ao discurso ortodoxo, à forma de saber e à relação do sujeito com o saber, tanto que ela traça diferentes perspectivas sobre a categoria experiência, de diferentes autores, fazendo apontamentos críticos para cada um deles.

Logo, ela critica as definições da experiência como algo que o sujeito possui. Para ela, os conceitos de experiência que trazem essa noção impedem questionamentos sobre os processos de construção do sujeito, da relação com o discurso, da relação do sujeito com o conhecimento e dos efeitos da diferença nesse conhecimento. Isto é, não se leva em consideração quem é esse sujeito que escreve, coloca-se o conhecimento separado do emissor, e isso como o fato que legitima e torna universal e acessível a todos aquele conhecimento.

Outra noção de experiência criticada pela autora é a que a toma como confiável, por ser base do conhecimento do historiador com a realidade. Outro uso é elaborado por Thompson (THOMPSON, 1978 apud SCOTT, 1998, p. 309), e que inclui uma dimensão sensível e afetiva à experiência. As críticas que Scott faz ao conceito de experiência para Thompson é que este vê a experiência como moldada pelas relações de produção, tornando-a um fenômeno unificador. Além disso, observa que a experiência é o início de um processo de articulação da consciência social, como a produção de uma identidade comum de classe.

Para Scott (1998), este conceito unificador da experiência exclui outras instâncias da atividade humana, pois coloca a classe em uma identidade que desconsidera outras categorias e outras experiências de classe. Para ela a “experiência” trazida por Thompson (1978), ao analisar a classe trabalhadora inglesa, leva a homogeneizar e essencializar, ele atribui a experiência desse grupo como o fundamento ontológico da identidade política e histórica da classe trabalhadora. Scott desafia o leitor a pensar o conceito de experiência de Thompson para outras instâncias, como homossexuais e negros, que, da mesma forma, acabariam por essencializar o sujeito.

Para a autora, colocar a experiência em evidência fundamenta e conclui qualquer explicação, excluindo perguntas que devem ser feitas e que permitiria historicizar a experiência, refletindo sobre o que se escreve e se constrói.

Sendo assim, Scott (1998) defende que, para escrever a história, não basta descrever as experiências dos sujeitos como uma forma de fundamentar a identidade destes, pois isso resulta na construção de uma essência. Ela é contra o essencialismo, pois acredita

que isso cria identidades fixas e que, em vez de analisar o processo ideológico da construção do sujeito, leva a naturalizá-lo. Pensando mediante essa perspectiva de Scott, o desafio desta dissertação não é simplesmente analisar o gênero ou a categoria mulher na década de 40, e sim pensar a sua construção discursiva (tendo como objeto empírico, o discurso jurídico e das leis) e de outras categorias ao longo de um recorte temporal que vai desde a vigência do Código Penal até os dias atuais.

Uma recusa ao essencialismo parece particularmente importante nos dias atuais e no âmbito da história, à medida que a pressão disciplinar cresce para defender o sujeito unitário em nome da sua “experiência”. (SCOTT, 1998, p. 318).

Para ela, deve-se tentar compreender os processos discursivos complexos e mutáveis pelos quais identidades são afirmadas e não pensar o sujeito a partir de sua experiência como algo fixo e muito menos pensar que não é possível o surgimento de uma nova identidade, pois esta não é dada pronta e acabada, como algo que sempre existiu e que assim sempre será.

Deve-se pensar a nova identidade como um acontecimento discursivo não no sentido de uma simples forma de determinismo linguístico e nem de retirar do sujeito sua ação, mas, sim, pensar a experiência articulada com a linguagem. Neste momento, Scott (1998) chega à definição de experiência que acredita ser a mais adequada, porque, para ela, os sujeitos são construídos discursivamente, e o discurso é compartilhado coletivamente, de forma que a experiência é tanto coletiva como individual. Portanto, se a experiência é a história do sujeito e a linguagem é o campo onde a história se constitui, ambas não podem ser separadas, deve-se insistir na natureza discursiva da experiência para pensar nos processos de construção do sujeito e produção de identidade.

Ao destacar, também, a importância do discurso e a necessidade de abandonar a noção de um sujeito essencializado, na obra “Problemas de Gênero”, Judith Butler (2008) questiona a relação binária homem e mulher e a estabilidade desses conceitos, pelo fato de serem termos não problemáticos, na medida em que se conforma a uma matriz heterossexual para a conceituação do gênero e do desejo.

Ela também questiona as mulheres como sujeito do feminismo, no sentido de que seria um sujeito produzido e reprimido pelas mesmas estruturas de poder pelas quais se busca a emancipação.

Butler (2008) aponta como ponto de partida o presente histórico e como tarefa a de formular no interior dessa estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam.

Conforme a perspectiva foucaultiana, Butler (2008) acredita que, se os sistemas jurídicos de poder realmente produzem os sujeitos que passam a representar, limitando, proibindo, regulamentando, pode-se pensar nas “mulheres” como o sujeito formado jurídico, política e discursivamente para representar o feminismo.

Para Butler (2008), sendo “o sujeito” uma questão crucial para a política feminista, pensá-lo como fruto de sistemas jurídicos é não desvencilhar-se de práticas de legitimação e exclusão, uma vez que, conforme sua perspectiva, sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por estas práticas.

Seguindo (2008), é necessário repensar radicalmente as construções ontológicas de identidade na prática política feminista, com o intuito de formular uma política representacional capaz de renovar o feminismo em outros termos. Ela critica a teoria feminista e menciona que esta deve se libertar de tentar construir uma base única e permanente, invariavelmente, contestada pelas posições de identidade ou anti-identidade que o feminismo invariavelmente exclui.

Na mesma linha de Scott (1998), quando critica a estratégia de colocar a experiência como um dado em evidência que resulta na construção de sujeitos com identidades essencializadas, fixas e incontestáveis, Butler (2008) enfatiza a necessidade de as feministas serem críticas em relação à construção da categoria “mulheres” como sujeito do feminismo, assim como a busca por uma base universal da opressão das mulheres, pois corre-se o risco de também essencializar este sujeito.

Assim como Scott, Butler também contribuiu para pensar o sujeito como uma construção discursiva, uma vez que ela não concorda em atribuir a categorias como “mulher”, “gênero”, ideias fixas e invariáveis, em suas palavras, “... o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas.” (BUTLER, 2008, p. 20.).

Para Butler, assim como não há uma base universal do feminismo que se fundamenta em uma identidade possível de ser encontrada em todas as culturas, também não há uma opressão e estrutura de dominação singular e universal. Para ela, não existe, por exemplo, um princípio universal ou pressuposto de dominação masculina. Assim como Harding, Butler critica a apropriação de culturas não ocidentais para exemplificar as teorias e as noções ocidentais de opressão.

Para ela, a teoria feminista dever ser autocrítica quanto a tentar construir uma base única e permanente, pois esta prática excludente de construção da “mulher” como sujeito do feminismo pode, de forma contrária, ser um obstáculo para os objetivos feministas de ampliar suas reivindicações.

O problema, segundo Butler, pode ser ainda mais sério, quando outra consequência dessa construção da mulher como categoria de sujeito estável for a retificação das relações de gênero e da identidade.

Por isso, ela propõe que, em vez de buscar também uma noção estável de gênero, a política feminista deve procurar, como pré-requisito metodológico e normativo, a construção variável da identidade de gênero.

A identidade do sujeito feminista não deve ser o fundamento da política feminista, pois a formação do sujeito ocorre no interior de um campo de poder sistematicamente encoberto pela afirmação desse fundamento. (BUTLER, 2008, p. 23)

Para Butler (2008), essa construção do sujeito feminino como unidade já foi questionada no momento em que se passou a distinguir o sexo (biológico) do gênero (culturalmente construído), pois essa própria distinção sugere uma descontinuidade do sujeito.

Butler (2008) ensina que a unidade do sujeito mulher como teoria, para buscar uma solidariedade da identidade, já começou a ser desmistificada com a divisão do sujeito em sexo e gênero, sendo este uma construção cultural que permite múltiplas interpretações do sexo (dado biológico). Sendo assim, o binarismo sexo/gênero permite uma descontinuidade radical entre os corpos sexuados e os gêneros culturalmente construídos, do contrário, o gênero seria o mero reflexo do sexo e por este restringido.

Supondo por um momento a estabilidade do sexo binário, não decorre daí que a construção de “homens” aplique-se exclusivamente a corpos masculinos, ou que o termo “mulheres” interprete somente corpos femininos. [...] O gênero não dever ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. . (BUTLER, 2008, p. 24).

A autora também discute se o caráter do sexo é imutável, se é verdade que o próprio construto chamado “sexo” é tão culturalmente construído quanto o gênero, ou que, talvez, o sexo sempre tenha sido o gênero, de forma que não sejam duas coisas diferentes.

Para ela, a ideia de que o gênero é construído sugere outro tipo de determinismo do significado do gênero, inscritos em corpos anatomicamente diferenciados, sendo estes excipientes passivos de uma lei cultural inexorável, ou seja, seria o “gênero” a inscrição cultural de significado em um sexo previamente dado.

Diante disso, Butler (2008) afirma que o corpo é sempre interpretado por meio de significados, não sendo possível admitir que o sexo se qualifique como um fato anatômico pré-discursivo, pois colocá-lo como pré-discursivo é garantir estabilidade e eficácia à sua estrutura binária morfológicamente constituída.

Para ela, a crítica feminista deve explorar as afirmações totalizantes da linguagem da cultura hegemônica, mas também deve permanecer autocrítica em relação a isto, se questionando-se se a unidade é necessária para a ação política ou se é uma armadilha para recair ao essencialismo racional e universal.

Por essa concepção do sujeito do feminismo como um sujeito não essencializado, e que é, a partir desta lógica, que se devem pensar as relações de gênero, e conseqüentemente, o próprio conceito de gênero em situação, em um discurso dito pós-moderno, é que Chantal Mouffe (1992) trabalha a relação entre essencialismo e pós-modernismo e propõe uma tese que também critica o essencialismo, mas salienta que nem todo discurso pós-moderno é, necessariamente, contrário àquele.

Para Mouffe (1992), há várias críticas a serem feitas ao universalismo, essencialismo, humanismo e racionalismo, (muitas delas já destacadas). Cada uma dessas críticas possui fundamentos diferentes, mas para essa autora, cabe destacar a convergência básica de todas elas, isto é, são embasamentos diferentes, porém há um ponto em comum entre elas. Essa autora critica o essencialismo, todavia mais importante para ela é que, a partir da crítica, se pode chegar a um projeto democrático radical. Ante isso, Mouffe (1992) afirma que o essencialismo possui deficiências que não permitem realizar um projeto alternativo democrático de articulação entre distintas lutas ligadas a diferentes formas de opressão.

A autora ressalta que a crítica ao essencialismo tem como base a crítica ao sujeito como uma entidade transparente, racional e unitária, e procura entender as conseqüências comuns ao status tradicional do sujeito na teoria feminista.

Para Mouffe (1992), a desconstrução das identidades essenciais não é um impedimento de uma ação política feminista e, sim, condição necessária para se aplicar princípios de liberdade e igualdade.

Só quando descartarmos a visão do sujeito como um agente ao mesmo tempo racional e transparente para si mesmo, e descartarmos também a suposta unidade homogeneidade do conjunto de suas posições, teremos possibilidades de teorizar a multiplicidade das relações de subordinação. (MOUFFE, 1992, p. 32).

Ela propõe ser impossível pensar o sujeito como unitário e homogêneo e, sim, como constituído dentro de diferentes formas discursivas. A partir disso, outro ponto decisivo é pensar na articulação e equivalência entre as diferentes lutas democráticas (homossexuais, mulheres, negros, trabalhadores, etc.).

Essa autora define, então, que, da mesma forma em que não se pode considerar o sujeito unitário, a categoria mulher não pode também corresponder a uma essência unitária e unificadora. Por conseguinte, dilemas como igualdade versus diferença, entidade homogênea homem versus entidade homogênea mulher tornam-se sem sentido, já que as identidades essenciais são questionadas.

Mouffe (1992) destaca as críticas que se fazem às feministas liberais que lutam por novos direitos das mulheres sem desafiar os modelos liberais dominantes de cidadania e política. Por outro lado, ela questiona a postura de outras feministas, como Carol Gilligan, que defende ser necessário abandonar a política liberal dos cidadãos e adotar uma política feminista exaltando as virtudes maternais, como amor, intimidade, compromisso, família e valorizando as capacidades e atividades distintivas das mulheres.

Em uma perspectiva parecida com a citada, Mouffe menciona Pateman (PATEMAN, 1986 apud MOUFFE, 1992, p. 45), que traz como solução uma concepção sexualmente diferenciada da cidadania, reconhecendo mulheres como mulheres e homens como homens, e dando significação política às capacidades que estes não possuem, pois, para ela, há uma categoria de indivíduo público universal em que a diferença fica relegada ao privado, dando-lhe uma conotação negativa.

Para Mouffe (1992), essa perspectiva ainda é essencialista, mesmo que desconstrua um paradigma patriarcal, ela não consegue desconstruir a dicotomia homens versus mulheres. Mouffe defende outro ponto de vista em que a diferença sexual não seja pertinente para uma concepção moderna de cidadania. Para isto, é necessário que se faça uma concepção articulada das posições do sujeito ligadas às múltiplas relações sociais em que se inscreve e nas quais se constroem discursos específicos com formas mutáveis e contingentes. Nota-se que ela não nega a diferença sexual, ela questiona que, no âmbito da esfera política, esta não deve ser determinante.

Uma vez questionado o essencialismo, em algumas formas nas quais se apresenta na teoria feminista, Mouffe (1992) propõe seu projeto radical e plural de cidadania. A cidadania deve ser uma identidade política comum, com valores morais compartilhados, e não uma entre outras, como no liberalismo, e nem uma identidade dominante, como no republicanismo. A cidadania seria o princípio articulador que atua nas diversas posições do sujeito e permite uma pluralidade de lealdades específicas.

Para ela, a visão de cidadania não é genérica e nem neutra, pois reconhece que uma comunidade política totalmente inclusiva nunca poderá existir, e que este “de fora” da comunidade é condição de sua existência e, portanto, nunca se chegará a uma democracia total.

Da mesma forma, quando as feministas lutam por igualdade, não devem partir do fato de uma experiência de um grupo específico, dotado de uma essência com mulheres com identidades comuns. Por isso, Mouffe (1992) defende que o discurso feminista deve se preocupar em demonstrar qual é a melhor forma de compreender as múltiplas subordinações das mulheres.

Por fim, Mouffe (1992) advoga que as feministas que estejam verdadeiramente comprometidas politicamente devem pensar nas formas de subordinação existentes em muitas relações sociais e não apenas nas de gênero. Pensar o sujeito constituído por diferentes discursos e posições, buscando a mais adequada e não aquela que reduza a identidade a uma posição singular seja de classe, raça ou gênero.

Este tipo de projeto democrático é também melhor servido por uma perspectiva que nos permita compreender a diversidade de maneiras em que são construídas as relações de poder e que nos ajude a revelar as formas de exclusão presentes em todas as pretensões de **universalismos** e nas asseverações de ter encontrado a verdadeira **essência da racionalidade**. É por isto que a crítica ao **essencialismo** e a todas suas diferentes formas: **humanismo, racionalismo, universalismo**, em lugar de ser um obstáculo para a formulação de um projeto democrático feminista, é na realidade, sua verdadeira condição de possibilidade. (grifo nosso) (MOUFFE, 1992, p. 47).

Jane Flax (1991) faz um debate sobre as teorias pós-modernas, principalmente, a teoria feminista e as relações de gênero. Para ela, há três modos de pensar que representam nosso tempo, são eles: a psicanálise, a teoria feminista e a filosofia pós-moderna. Eles refletem crenças do Iluminismo ainda predominantes, mas, ao mesmo tempo, revelam a falência dessas crenças.

A autora disserta sobre o modo de pensar da teoria feminista, analisando como as relações de gênero são constituídas e experimentadas e o que nós pensamos sobre elas. Ela julga essencial analisar a forma de pensar sobre as relações de gênero, para definir qual é o modo de pensar que ajuda ou atrapalha no desenvolvimento dos próprios discursos.

Flax (1991) argumenta que os discursos pós-modernos se valem da desconstrução, uma vez que coloca em dúvida a existência de um eu estável e coerente, a razão e sua ciência, o conhecimento adquirido graças ao uso correto da razão como verdadeiro, a própria razão e suas qualidades universais e transcendentais, entre outras questões.

Ela conclui o que se dissertou ao longo deste capítulo ao considerar que a teoria feminista está mais no campo da filosofia pós-moderna, ao desconstruir noções de razão, conhecimento, arranjos de gênero que se revelam universalizantes.

Para pensar a teoria feminista e o modo de pensar das teóricas feministas, sejam elas tendenciosas ou não, Flax (1991) parte da categoria fundamental das relações de gênero. Para ela, o gênero pode ser compreendido tanto como uma construção ou categoria do pensamento quanto como uma relação social em que está presente em outras atividades e relações sociais.

Para Flax (1991), a autocrítica é condição para que o gênero seja uma categoria útil de análise social, deve-se ser sempre crítico e engajado ao modo como se pensa, do contrário, corre-se o risco de reproduzir as relações sociais que se tenta entender.

Devemos ser capazes de investigar barreiras tanto sociais quanto filosóficas para a compreensão das relações de gênero. Uma importante barreira para nossa compreensão das relações de gênero tem sido a dificuldade de entender o relacionamento entre gênero e “sexo”. (FLAX, 1991, p. 236)

Por conseguinte, para compreender o gênero como uma relação social, Flax (1991) defende que se devem desconstruir conceitos como biologia, sexo, gênero e natureza. Por exemplo, ela questiona o porquê de se dar tamanha importância à diferença anatômica da reprodução física da espécie humana se há outras complexidades na nossa estrutura que são notavelmente interessantes.

Para Flax (1991), uma vez que fazemos parte da sociedade, nosso pensamento está impregnado dos modos culturalmente construídos de autoentendimento, de maneira que interiorizamos as concepções de gênero dominantes. Como procedimento para as teóricas feministas, ela pondera que se devem articular perspectivas do mundo em que se vive. Pensar sobre como se é afetado por esses mundos, considerar que estes modos de pensamento

implicam relações de poder e conhecimento e imaginar meios pelos quais esses mundos devam ser transformados.

Por fim, Flax (1991) defende que a teoria feminista, como uma forma de pós-modernismo, deve estimular a tolerar e interpretar a ambivalência, a ambiguidade e a multiplicidade. Além disso, deve expor as origens de nossas necessidades de impor ordem e estrutura, não importam quão arbitrárias e opressivas essas necessidades possam ser. Nessa conclusão, pensamos que Flax (1991) está criticando o modelo de pensamento racionalista e, ao mesmo tempo, ela aponta como condição para a teoria feminista a necessidade de questionar esse paradigma, quando se trata de pensar as relações de gênero.

3. A violência de gênero no Brasil

Partindo do pressuposto de que a violência sexual é uma das formas de violência de gênero, cabe tecer alguns comentários a respeito deste tipo de violência no Brasil.

Conforme Odália (1991), a violência nem sempre pode ser compreendida como uma simples relação ou um ato, pois não raro ela possui uma estrutura facilmente identificável, para ele, um ato violento pode, por muitas vezes, ser tomado como um ato natural, e, dessa forma, a violência contida nele passa sem ser notada. Perceber esta violência demanda um esforço que supera a aparência de um ato rotineiro e que está na ordem das coisas.

Odália (1991) declara que o ato violento não tem uma etiqueta e que a agressão física, que se trata do ato violento mais óbvio, pode ainda envolver tantas sutilezas e mediações que pode ser descaracterizado como violência. Ele cita o exemplo bíblico da expulsão de Adão e Eva do paraíso e menciona que este se trata do primeiro ato violento, mas muito mais do que a violência contida na expulsão (ato explícito), há a violência fixada em regras e normas de conduta que amesquinham os homens, sem que tomem conhecimento disso.

Saffioti (2002) assinala que o problema da violência contra a mulher é uma questão política, ou seja, são relações atravessadas pelo poder. Ela chama a atenção para o fato de que nunca se conhecerá um número exato de mulheres que sofrem violência, independente de qual técnica de pesquisa seja adotada, porque os dados coletados no hospital serão diferentes dos coletados em uma delegacia, fora os casos que não são delatados pelas mulheres. É por isso que se deve ater para o fenômeno social, cultural e também político que é a violência contra a mulher.

Saffioti (2002) relata que há, aproximadamente, sete mil anos atrás havia sociedades em que homens e mulheres eram socialmente iguais, mesmo que houvesse a divisão sexual do trabalho, desta forma, não se pode acreditar que a melhora nas relações de gênero se dê linearmente, a partir de uma evolução ao longo da história, porque a realidade é contraditória, se há melhoria de um lado, de outro se piora, e, neste caso, o que piorou foi a violência contra a mulher. Este argumento é essencial para se entender que as desigualdades não são algo dado, mas, sim, construído socialmente, isto é, as diferenças são convertidas em desigualdades.

Flávia Shilling (2002) considera importante trabalhar sobre a historicização do conceito de violência, uma vez que é algo que se transforma, da mesma forma que é considerada crime.

É a partir disso que se pode compreender o conflito que existe nas formas de organização do poder de cada sociedade. Desta forma, ela salienta que a violência contra a mulher só se tornou reconhecida como “violência” pela luta dos movimentos sociais, que reivindicaram os direitos sociais, civis, políticos, e culturais da mulher. Para a autora, além da questão sobre os dados das pesquisas sobre a violência doméstica ser algo complexo, há também o aspecto da preservação da família e o tratamento deste problema social como algo privado, algo secreto.

Sendo assim, ela concorda com Saffioti, quando esta defende que a violência contra a mulher não é algo eterno, universal, e que existe em todas as sociedades, tampouco é algo passageiro, por isso, é necessário pensar no conceito de violência da seguinte forma: “Este exercício passa por refletir sobre o próprio conceito de violência, que é multidimensional e composto por elementos heterogêneos, buscando soluções que recuperem a multidimensionalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos”. (SHILLING, 2002, p. 61)

Wania Pasinato Izumino (2002) refere que foi a partir dos anos 80 que o assunto sobre a violência contra a mulher ganhou visibilidade, pela ação dos movimentos sociais e pelo aumento das denúncias e das manifestações que surgiam junto com o processo de redemocratização da sociedade, desta forma, o assunto privado passou a se transformar em objeto de políticas públicas.

A partir dos anos 90, com o avanço dos estudos, e com a perspectiva de que a violência se tratava de relação de gênero, reconheceu-se que as mulheres não eram apenas vítimas de violência, que também participavam como agentes. Sendo assim, a autora define que, simplificadamente, gênero é uma categoria de análise que define papéis masculino e

feminino como construções sociais e culturais, e não determinadas pelo sexo biológico. Desta forma, estes papéis variam de sociedade para sociedade, no tempo e no espaço.

Nessa direção, esta autora define que as relações de gênero são relações políticas, portanto, investidas de poder. Para explicar isso melhor, ela recorre à teoria de Foucault sobre poder. Trata-se de não acreditar que o poder pertence a algum grupo ou alguém, ele está distribuído nas diversas relações sociais, ninguém é totalmente desprovido de poder ou possui sempre todo o poder, desta forma, nestas relações a mulher também tem poder, ela sofre a violência, mas pode reagir.

Ela traz esse debate para destacar o estereótipo que se constrói da mulher como vítima da violência, atribuindo-lhe um papel de passividade diante do que vivencia, para ela o correto seria dizer “mulheres em situação de violência”, porque, assim, está se definindo que não é uma relação de poder eterna, mas que pode ser modificada.

Gavilanes e Aguiar (2010) fazem uma análise dos conceitos de gênero e patriarcado como fundamentais para se tratar do fenômeno da violência conjugal e de gênero. Estas autoras dissertam sobre várias teorias que tratam tanto do conceito de patriarcado como do conceito de gênero, passando pela teoria sociológica clássica, pelo pensamento sociológico brasileiro e pelas teorias feministas. O que elas trazem, que se pensa ser importante destacar, é a ênfase de algumas teorias feministas na utilização do conceito de patriarcado, por exemplo, Saffioti chega a afirmar que a não utilização deste conceito traz como consequência o ocultamento desse processo de exploração e de dominação e naturalização, principalmente, a dominação específica dos homens sobre as mulheres.

Para esta dissertação, o trabalho dessas autoras contribui no sentido de que a norma penal dos crimes sexuais, na sua redação original, reproduzia essa dominação específica enraizada no fenômeno social do patriarcado, e assim se manteve por muito tempo. Dispositivos que não consideravam a mulher capaz para ser parte ou representar a si mesma em um processo do qual ela foi vítima, ou quando ela deveria se casar com o aquele que a estuprou, pois, assim, este estaria corrigindo sua honra, ou a defesa de que o estupro e a violência sexual pelo conjuge marido corresponde ao exercício regular de um direito advindo do dever do casamento.

Por fim, Gavilanes e Aguiar (2010) defendem a importância do conceito de patriarcado para compreender as estruturas de dominação econômica, social, política e ideológica, geradora da violência conjugal. Apesar de este conceito contribuir para pôr em evidencia e compreender as estruturas de dominação do período colonial, é importante ter cuidado, pois, para entender a realidade brasileira atual, o uso deste conceito pode levar a um

discurso determinista em que não haveria solução para o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

É certo que essa herança patriarcal gera reflexos na sociedade brasileira, e pode ser que a situação de violência doméstica e familiar seja um deles, só que os indivíduos não são seres inertes, sofreram influência do meio e das estruturas, mas também agem sobre elas, podendo transformá-las.

Diferente de Gavilanes e Aguiar, que possuem como base o conceito de patriarcado para interpretar a violência conjugal/gênero, Ferreira (2010) aborda a violência pela perspectiva das relações interpessoais de gênero, apreendendo o fenômeno a partir da violência denunciada. Ela traça um panorama das Delegacias Especializadas no atendimento à mulher (DEAMs) no Brasil, entre outras instituições voltadas para o atendimento à mulher, como as SOS Mulher. Ela destaca a importância das DEAMs como um espaço público de articulação dos direitos das mulheres, além de ter um caráter conciliatório entre as partes em conflito, sem a utilização de métodos violentos.

Ferreira (2010) chama a atenção para a importância do conceito de conflitualidade interpessoal. Segundo ela, este conceito aponta para a natureza inevitável do conflito entre mulheres e homens, como entre indivíduos de qualquer gênero. Além disso, é um conceito que nos permite aprofundar na ideia de que essas violências se perpetuam porque firmam as imagens tradicionais de homem e mulher. Uma questão relevante, levantada pela autora, é a de que a violência denunciada, transcrita nos documentos das instituições, possibilita ampliar a visão referente às violências desencadeadas por conflitos interpessoais, pois, se não houvesse denúncia, isto permaneceria oculto e indisponível para que pudesse ser conhecido, observado e colocado como um problema social a ser discutido e administrado pela esfera pública.

Suárez e Bandeira (2010) apontam as DEAMs, no Brasil, como uma das reivindicações mais importantes dos movimentos sociais de mulheres, e que, quando criadas, apesar de que ainda eram instituições iniciantes no que diz respeito à eficácia e efetivação de seu objetivo, consistiram em um marco simbólico no reconhecimento dos direitos das mulheres.

Essas autoras trazem uma análise das formas de violência fruto de conflitos interpessoais e práticas enraizadas, contradizendo as explicações socioestruturais clássicas. A criação das DEAMs se deu com o processo constituinte, que culminou com a Constituição Federal de 1988, a vigente até hoje. A implantação das DEAMs consistiu não apenas em um

ganho político, como também em um meio de conscientização de cidadania, e atendimento às mulheres mais “excluídas”.

Suárez e Bandeira (2010) mencionaram que há, no Brasil, duas formas de violência, uma racional e instrumental e outra ritualizada. Esta acontece nas relações interpessoais, que é um campo propício para condutas tanto de solidariedade como de conflitualidade.

...sua maior incidência se constata entre pessoas que estão ligadas por relações das mais diversas ordens, como as de parentesco, amizade, trabalho, religiosidade, negócios, vizinhança, amor etc. Esses tipos de ligações estabelecem relacionamentos interpessoais que, por serem de grande significado afetivo, de importância prática, ocorrendo regularmente, podem sedimentar sentimentos e condutas tanto de solidariedade como de conflitualidade. (SUÁREZ E BANDEIRA, 2010).

O conflito interpessoal pressupõe relações cotidianas e habituais em que haja colisão de poderes, não se trata, portanto, de relações contingentes. Nestes conflitos é que a violência contra a mulher é sedimentada. Conforme as autoras destacam, há diferença da reação da sociedade quanto à violência organizada e à ritualizada, em que aquela é exposta sem embaraço, por se acreditar ser a maior ameaça à paz social, enquanto que para esta há pouca atenção, e sua exposição gera constrangimento. Isto contribui para pensar o porquê da crítica de alguns juristas em não considerar necessária a tutela penal para conflitos interpessoais, já que o Direito Penal é útil apenas para comportamentos que ameaçam o convívio social.

Isso acontece porque os conflitos interpessoais se situam no âmbito privado, fato que dificulta a denúncia da violência ritualizada, pois acredita-se que o que acontece nos domínios privados (casa, lar, família) não deve sofrer interferências do domínio público, a não ser que se trate de uma violência criminalizada, como, por exemplo, o homicídio.

Por sua vez, Maria Berenice Dias (2007) trata do ciclo perverso da violência. Para ela, a sociedade cultiva valores que incentivam a violência, cujo fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder, levando a uma relação de dominante e dominado. Além disso, tais posturas são referendadas pelo Estado, demonstrando o descaso com o qual a violência doméstica era tratada.

Ela enfatiza isso ao assegurar que, apesar de todo o avanço representado pela Constituição Federal de 1988, a ideologia patriarcal ainda subsiste, e a desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina e de sua dominação pelo homem.

Este se vê como superior e mais forte, como proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos, e a sociedade respalda este comportamento, de forma que o homem se coloca no direito de usar da sua força física sobre todos os membros da família.

Conforme Dias (2007), o ciclo da violência inicia-se com o silêncio seguido da indiferença, depois reclamações e reprimendas, disso passa para as agressões físicas. Só que, socialmente, o agressor é agradável, não dá motivos para que acreditem que possa cometer atitudes agressivas. A mulher que vive nessa situação busca explicações para o comportamento do parceiro e acredita que é uma fase e que vai passar, e, para evitar problemas, ela se afasta dos amigos e da família, submete-se à vontade do agressor e este atribui a culpa a ela de forma a justificar seu descontrole. Após um episódio de violência, vem o arrependimento, e o casal vive uma nova lua de mel até o início de um novo ciclo a partir de alguma atitude agressiva.

Essa descrição não quer dizer que todas as mulheres que vivem em situação de violência doméstica e familiar passam pelas mesmas experiências, pois a violência pode se manifestar das mais variadas formas, o que cabe questionar é até que ponto a Justiça pode e deve intervir nas relações privadas, como, por exemplo, na entidade inviolável da família, para que o direito, a liberdade e a igualdade sejam eficazes.

Em relação à própria violência sexual, é imprescindível destacar que a presidente Dilma sancionou em 1º de agosto, de 2013, um Projeto de Lei Complementar que define o atendimento médico às vítimas de violência sexual no país. É um procedimento que já está sendo colocado em prática por meio de portarias do Ministério da Saúde e pelo Serviço Único de Saúde (SUS), e tem como finalidade institucionalizar determinações provenientes de acordos internacionais que buscam combater a violência sexual.

Para alguns, é uma lei que tardiamente apenas ratifica um tratamento que já vem sendo dispensado às mulheres, vítimas de violência sexual, em alguns lugares do país, portanto. Ela dispõe de poucos artigos que preveem o tipo penal da violência sexual e determinam uma lista de procedimento a serem observados pelo profissional da saúde ao lidar com a vítima de violência sexual, que é a mulher, em quase todos os casos. Conforme informações oficiais² apenas de 15 a 20% das mulheres que sofrem violência sexual procuram atendimento médico, de forma que essa lei tem como objetivo respaldar e garantir

² BREDA, T. Lei que ratifica direitos de mulheres violentadas espera sanção de Dilma. **Brasil de Fato**, São Paulo, 23 de jul. 2013. Notícias. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/14476>>. Acesso em: 30 de jul. 2013.

um tratamento adequado para essa mulher em situação de violência, que, por este fato, já se encontra em situação de vulnerabilidade.

Contudo esse Projeto de Lei é criticado por parlamentares cristãos, que defendem ser ele um instrumento para facilitar os casos de aborto que não são permitidos por lei.

Conforme informações retiradas do site do Governo Federal³, esta é uma medida que já vem sendo adotada por meio de decretos-lei, que têm o objetivo de humanizar o atendimento pelo SUS e agilizar na emissão de laudos periciais, para que a vítima de violência sexual evite se expor duas vezes, pois, em um só lugar, ela fará o tratamento e a coleta dos indícios.

Esse decreto-lei é mais uma das ações que visam combater a violência contra a mulher, que fazem parte de um programa do governo “Mulher: viver sem violência”. Em 2012, registraram-se oito mil mulheres vítimas de violência sexual que foram atendidas na rede pública de saúde. Para mulher adolescente e crianças que foram vítimas de violência sexual, há um tratamento que envolve anticoncepcional de emergência, terapia, e vacinas para evitar doenças sexualmente transmissíveis.

4. A categoria *sexualidade*

A sexualidade acompanha e repercute na vida das pessoas desde que elas nascem e se tornam um corpo. É claro que ela possui uma base biológica, mas não escapa de lhe ser atribuída um significado. Compreender essa dimensão da sexualidade é imprescindível, já que o objeto de estudo desta dissertação são crimes sexuais sob uma perspectiva de gênero.

Uma vez que partimos do pensamento de Scott sobre as categorias serem construídas historicamente e não fixas, invariáveis e a-históricas, cabe discorrer, exclusivamente, sobre a categoria da sexualidade, pois o gênero é outra categoria diretamente relacionada àquela.

Foucault (2011), em *História da sexualidade – I – a vontade de saber*, explicita, logo de início, que a sexualidade, no regime vitoriano, era compreendida, entre os patriarcas, não como algo secreto e fazia parte de discursos abertos sem pudor. Todavia, no séc. XIX, este quadro assumia outros contornos em que a sexualidade passava a ser uma prática transferida para “dentro da casa”, em que não havia mais o discurso aberto sobre o sexo, e

³ Vítimas de violência sexual terão atendimento ampliado na rede pública de saúde. **Portal Brasil**. Brasil, 14 de mar. 2013. Saúde. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/03/15/sus-ampliara-aco-es-para-atendimento-as-vitimas-de-violencia-sexual>>. Acesso em: 30 de jul. 2013.

este só teria lugar dentro do quarto do casal legítimo (os pais). Além dessa significativa mudança, em que a sexualidade deixava de fazer parte de um discurso aberto, houve outras transformações com a passagem do século.

Para Foucault, o discurso sobre a repressão do sexo, não por acaso, coincide com a ordem burguesa e com o desenvolvimento do capitalismo, pois ele enfatiza que a história da sexualidade nunca fora dominada com tanto rigor como nesse contexto burguês, e que o discurso repressivo está embasado em um discurso científico destinado a revelar a verdade sobre o sexo.

O enunciado da opressão e a forma da pregação referem-se mutuamente; reforçam-se reciprocamente. Dizer que o sexo não é reprimido, ou melhor, dizer que entre o sexo e o poder a relação não é de repressão, corre o risco de ser apenas um paradoxo estéril. (FOUCAULT, 2011, p. 14).

Ainda para o autor cabe, questionar o porquê de se associar o sexo ao pecado, e de, ao mesmo tempo, arrependê-lo de fazer assim, por que aprisionar o sexo ao silêncio e, ao mesmo tempo, detalhar prolixamente sobre o que não se diz.

Ele faz alguns questionamentos sobre a hipótese repressiva, com a finalidade de recolocá-la numa economia geral dos discursos sobre o sexo, questionando, então, se o discurso da repressão é realmente uma evidência histórica; se a mecânica e o poder daquela sociedade seria mesmo de ordem repressiva; e se o discurso que critica tal repressão está ligado a esses mecanismos de poder para barrá-la, ou se faz parte deste mesmo discurso, o qual denuncia e que, disfarçadamente, denomina repressivo.

Para tal análise, Foucault (2011) argumenta que se deve considerar o fato de falar sobre o sexo, quem fala, onde se fala, e quais as instituições que incentivam certas práticas e o próprio fato de colocá-lo como discurso. Não se trata tanto de averiguar a verdade sobre o discurso repressivo e, sim, de evidenciar a “vontade de saber” que é o instrumento do qual o discurso se serve.

Sendo assim, a partir do séc. XVIII e nos séculos seguintes, ocorreu, nas cidades burguesas, uma explosão discursiva sobre o sexo. Os discursos sobre o sexo tiveram configurações diversas, no séc. XVII, falar sobre o sexo e confessar suas práticas e seus desejos eram uma regra imposta a todos; no séc. XVIII, buscou-se classificá-lo, especificá-lo, impor um discurso racional sobre o sexo e não simplesmente moral, devia-se regulá-lo, geri-lo, fazê-lo funcionar conforme o padrão mais adequado.

Foucault (2011) defende que não há uma linha divisória entre o que se diz e o que não se diz, pois o fato de não se falar do sexo como antes significa, na verdade, que se fala dele de outra maneira, sobre outro ponto de vista e a partir de outros interlocutores, para, justamente, obter outros efeitos. Neste sentido, não se pretende esconder o sexo, ao contrário, há uma incitação para se falar dele de forma regulada e polimorfa, valorizando-o como segredo.

Em vez da preocupação uniforme em esconder o sexo, em lugar do recato geral da linguagem, a característica de nossos três últimos séculos é a variedade, a larga dispersão dos aparelhos inventados para dele falar, para fazê-lo falar, para obter que fale de si mesmo, para escutar, registrar, transcrever e redistribuir o que dele se diz. (FOUCAULT, 2011, p. 40).

É oportuno destacar que, ao se colocar o sexo em discurso, não se pretendia afastar da realidade as suas formas variadas e insubmissas à economia da reprodução, ele chama a atenção para o aumento das condenações judiciais das perversões menores, fato que demonstra os efeitos do discurso da sexualidade no campo judiciário, uma ligação que é semelhante ao que se faz nesta dissertação.

O que esse autor tenta demonstrar é que as condenações a essas formas, consideradas absurdas naquela época, do sexo são fundamentadas no discurso médico, jurídico, pedagógico, psicológico, e são os efeitos da multiplicação e dispersão das sexualidades a partir do séc. XVIII, pois esse discurso não apenas determina as práticas proibidas, mas modela e determina a própria sexualidade. Antes desse marco, as práticas sexuais eram regidas pelo direito econômico, pela pastoral cristã e pela lei civil, estipulando o que era lícito e ilícito, centrado nas relações matrimoniais.

Quanto aos tribunais, podiam condenar tanto a homossexualidade quanto a infidelidade, o casamento sem consentimento dos pais ou a bestialidade. Sem dúvida, o “contra-a-natureza” era marcado por uma abominação particular. (FOUCAULT, 2011, p. 45).

Em relação ao séc. XIX, Foucault questiona, se o surgimento dessas variadas sexualidades quer dizer que a regra perde seu rigor ou, ao contrário, partindo de uma concepção dupla da repressão, os delitos sexuais tenham apenas perdido espaço para outras instâncias de controle (medicina, pedagogia e etc.).

Então, a partir do séc. XVIII, novas configurações que se diferem da simples proibição surgiram: a implantação de um regime médico sexual; a incorporação das

perversões e novas especificações dos indivíduos; as extravagâncias sexuais são transformadas em um dado a ser estudado, medicado, vigiado, confessado; e, por fim, a busca em reduzir a sexualidade ao casal heterossexual.

Novamente, o que Foucault destaca como importante não é exatamente o que se fala sobre o sexo, e, sim, constituir-lo como objeto de verdade, procedimento mais eficaz que, talvez, o próprio conteúdo do discurso. Desta forma, ressalta-se que não é apenas o conteúdo do discurso que se transforma, a forma como se compartilha é tão importante (ou mais importante) para produzir mudanças nessa categoria da sexualidade.

Diante disso, Foucault assevera que, historicamente, há dois discursos que produzem a verdade sobre o sexo: um é a *ars erótica* extraída do próprio prazer das práticas sexuais que, para cuja eficácia, deve permanecer como segredo; o outro é a *scientia sexualis*, esta, sim, própria da civilização do ocidente, construída a partir da “confissão”, principal técnica para produzir a verdade.

Para o autor, a confissão é um ritual do discurso em que aquele que confessa confunde-se com aquele que ouve, e, além disso, é um ritual permeado por uma relação de poder que torna indispensável a presença do outro que intervirá seja para punir, perdoar, consolar etc. Ainda a confissão, conforme Foucault explica, é a matriz sobre o discurso da verdade sobre o sexo, contudo assume outras formas, ao longo da história, que não só a prática da penitência.

É essencial o “como se fala” sobre o sexo a partir do ritual da confissão, isto é, o mais importante, na teoria de Foucault, para compreender a própria construção da categoria sexualidade. Ele indica as técnicas que envolveram o ritual da confissão e lhe atribuíam uma regularidade científica, como uma codificação clínica do “fazer falar”, o postulado de uma causalidade geral e difusa; o princípio de uma latência intrínseca à sexualidade, por um método de interpretação (duplica-se a verdade da confissão e pela medicalização dos efeitos da confissão, o domínio do sexo passa a ser normal e patológico).

Nesse sentido, Foucault faz uma análise histórica dessa categoria da sexualidade, para demonstrar outros contornos da repressão a partir de dispositivos de poder diferentes, que levam a inverter a direção da análise e não partir daquela repressão geralmente oculta. Passa-se a recorrer a mecanismos positivos que “são produtores de saber, multiplicadores de discursos, indutores de prazer e geradores de poder”. (FOUCAULT, 2011, p. 83).

Para Foucault, é importante se concentrar não em uma teoria sobre poder, mas compreendê-lo, analiticamente, de forma a distinguir o domínio específico formado pelas

relações de poder, e, para isso, é necessário se desvincular da representação discursiva de poder jurídico tanto em relação à repressão, como em relação à constituição do desejo.

Essa representação jurídica discursiva, da qual Foucault pretende desvincular-se, precisa ser demonstrada em suas características, uma vez que, nesta dissertação, o objeto de estudo é também o discurso jurídico representado pelos crimes sexuais e decisões judiciais.

As características da representação do poder no discurso jurídico em relação ao sexo são: colocá-la de forma negativa; o poder seria o que a lei dita por meio de um regime binário daquilo que é proibido versus o permitido; a linguagem seria o instrumento de domínio do poder sobre o sexo, a partir das regras, da função do legislador; seria um poder opressor exercido, do mesmo modo, em todos os níveis, independente dos aparelhos e instituições nos quais se apoia; é um poder que exerceria sua dominação de forma a levar o sujeito a exercer apenas aquilo que é permitido.

Enfim, porque é um poder cujo modelo seria essencialmente jurídico, centrado exclusivamente no enunciado da lei e no funcionamento da interdição. Todos os modos de dominação, submissão, sujeição se reduziriam, finalmente, ao efeito de obediência. (FOUCAULT, 2011, p. 96).

Conforme atesta o autor, críticas passaram a ser feitas a esse discurso jurídico do poder, mas sem questionar a própria forma do poder, como aquela que o coloca como algo que devesse sempre ser exercido por meio do direito.

Para Foucault, apesar de a partir do séc. XVIII, este discurso jurídico ter assumido novos procedimentos que não apenas o direito, como, por exemplo, a técnica, a normalização, o controle, ele continua presente nas análises contemporâneas do poder e sexo, por isso, é necessário adotar outra teoria do poder, para interpretar, historicamente, a relação entre este e o sexo.

Cabe compreender, então, essa outra concepção de poder, a qual não vincularia este ao discurso jurídico. Neste trabalho, é o discurso jurídico presente na redação dos crimes sexuais o objeto de análise sob uma perspectiva de gênero, e não sob uma perspectiva também jurídica, de forma que o discurso jurídico não é o principal referencial teórico, o qual se fundamenta a análise, ele é, sim, o objeto. Logo, é importante analisar esse discurso jurídico mediante uma representação do sexo, da sexualidade e do poder que não parte dele próprio.

Dessa forma, Foucault (2011) busca analisar a formação de um tipo de saber sobre o sexo em termos de poder, que não corresponde com a repressão, lei ou conjunto de

instituições e aparelhos do Estado. Para ele, estas seriam as representações terminais e poder e não seus dados iniciais.

Para o autor, o poder não é um dado ou algo que diz respeito apenas à sujeição dos cidadãos às leis e ao Estado, para ele, o poder é compartilhado e se exerce em meio às relações desiguais, dentre as quais, estão incluídas as relações sexuais.

A questão primordial, para Foucault (2011) na relação entre saber, poder e sexo, não é descobrir os verdadeiros discursos sobre o sexo ou qual lei era vigente que foi eficaz em regularizar o comportamento sexual. Para ele, cabe descobrir as relações de poder imediatas e locais que se realizam em tal discurso sobre a verdade, de que forma essas relações de poder se modificam pelo seu próprio exercício historicamente, reforçando alguns termos e enfraquecendo outros.

Para isso, há algumas regras metodológicas que Foucault (2011) considera, são elas: não colocar a sexualidade sob o domínio de um conhecimento ou poder específico; não buscar aquele que detém o poder ou o direito de saber na ordem da sexualidade; ter consciência de que toda estratégia possui um duplo condicionamento; destacar a articulação do saber e do poder por meio do discurso.

Nesse aspecto, o discurso jurídico relacionado à categoria da sexualidade não é o objeto de estudo de Foucault, mas é preciso usar sua metodologia sobre a construção dos discursos e os efeitos destes nas relações sociais para a análise que se pretende fazer nesta dissertação, uma vez que Foucault revela sempre especial atenção ao papel do discurso, para compreender a categoria da sexualidade. Nesta dissertação, os crimes sexuais e o discurso jurídico são o objeto de estudo que deve ser analisados sob uma perspectiva de gênero, isto implica compreender de forma articulada os outros discursos relacionados tanto à sexualidade quanto ao gênero.

Anthony Giddens (1993) faz uma análise sobre a sexualidade não tanto concentrada no poder da construção do discurso como Foucault, mas relacionando-a às transformações da intimidade que aconteceram nas últimas décadas, e ele faz uso de outros conceitos como “amor romântico”, “relacionamento puro”, “sexualidade plástica” e, principalmente, o gênero.

Para esse autor, as mulheres foram as principais personagens que causaram mudanças profundas e revolucionárias na sexualidade, libertando-a da regra do falo e das necessidades da reprodução.

Giddens (1993), para exemplificar sua teoria sobre a crescente igualdade sexual entre os gêneros, relata uma história de um casal em que o homem é inconformado com o

passado sexual de sua amante, o qual foi bastante diversificado. Conforme o autor demonstra, a frustração do homem em relação ao passado sexual dela se dá porque, tradicionalmente, apenas os homens eram considerados como aqueles que possuíam uma necessidade de variedade sexual. Ante isso, o autor conclui que:

Em um mundo de igualdade sexual crescente – ainda que tal igualdade esteja longe de ser completa -, ambos os sexos são levados a realizar mudanças fundamentais em seus pontos de vista e em seu comportamento em relação um ao outro. (GIDDENS, 1993, p. 16).

Giddens (1993) alude à pesquisa feita por Lillian Rubin (1990), que estudou algumas histórias sexuais de quase mil pessoas, e os resultados dessa pesquisa indicaram que a mulheres se achavam no direito de ter uma atividade sexual na idade em que elas considerassem apropriadas, assim como a maior parte dos homens declararam-se tranquilos com o fato de as mulheres terem se tornado mais disponíveis sexualmente e que, inclusive, disseram desejar uma parceira igual a eles.

Os resultados dessa pesquisa ilustram parte das transformações profundas que estavam acontecendo nas últimas décadas. Estas transformações incluem, também, os relacionamentos homossexuais, e, conforme a pesquisa de Alfred Kinsey (1953), a maior parte das pessoas entrevistadas nos Estados Unidos declararam ter tido algumas experiência homossexual em algum momento de suas vidas.

Assim, para Giddens (1993), a partir dessas transformações na sexualidade, esta se liberta de qualquer modo de determinação biológica, ou melhor, o indivíduo se apropria da sexualidade como parte de sua identidade, de forma que cada um tem sua liberdade para determinar seu estilo de vida, e a sexualidade se reveste de formas variadas e não estanque a um estado de coisas preestabelecido.

Giddens (1993) adianta que o trabalho de Foucault sobre a sexualidade é brilhante, no sentido dele ter sido o primeiro a tratar de certas questões. Contudo, para Giddens, o pensamento foucaultiano sobre a sexualidade apresenta algumas falhas teóricas às quais ele contrapõe.

Esse autor concorda com Foucault sobre as origens sociais da sexualidade e de que esta seja uma categoria que opera dentro dos campos de poder, mas, para ele, isso não aconteceu, tendo como fontes estimuladoras apenas o discurso, o poder e o corpo, e nem se deu por um caminho direto, desde o período clássico até os tempos mais recentes. O autor defende ainda que a análise de Foucault sobre a sexualidade cooperou para esclarecer como o

mundo clássico interpretava o sexo dando ênfase ao papel do discurso e do poder como um dispositivo de controle. Porém, para Giddens, o poder não só é um fenômeno limitador, mas também mobilizador, de forma que nem todos que estavam sujeitos aos limites e controle eram necessariamente controlados.

Além disso, há outras variáveis que contribuem para interpretar essa categoria que não se restringe apenas ao discurso e ao poder. Assim, Giddens conclui sobre o trabalho de Foucault:

Por isso, aceitamos os seus argumentos sobre as origens sociais da sexualidade, mas vamos situá-los em uma estrutura interpretativa diferente. Foucault colocou demasiada ênfase na sexualidade em detrimento do gênero sexual. Silenciou quanto às conexões da sexualidade com o amor romântico, fenômeno intimamente vinculado às mudanças na família. Além disso, sua discussão da natureza da sexualidade permanece em grande parte no nível do discurso – e, nesse nível, as formas mais específicas de discurso. Finalmente, deve-se colocar em questão a sua concepção do eu em relação à modernidade. (GIDDENS, 1993, p. 34).

Conforme Giddens (1993), para explicar as mudanças que ocorreram na categoria sexualidade, não se pode dar tanta ênfase no discurso, pois, apesar de este ter um importante papel de censura ao ser associado a determinadas áreas técnicas (medicina, por exemplo), nem toda a população era educada e tinha acesso a essa literatura, além disso, há outros fatores que influenciaram naquelas mudanças e estão ausentes na análise de Foucault.

Algumas mudanças relacionadas à formação dos laços matrimoniais, à difusão do “ser romântico”, ao lar e à família, consistiram em pré-condições para as transformações na sexualidade. Isto é, os métodos contraceptivos significavam mais do que apenas uma forma de evitar a gravidez, a sexualidade passou a ser interpretada como algo flexível que o ser humano poderia assumir de diversas maneiras.

Este quadro, segundo Giddens, é o que ele denomina de sexualidade plástica, que causou uma verdadeira revolução sexual nas últimas décadas do século XIX, diretamente ligada a mudanças de comportamento entre os gêneros. Para o autor, há dois elementos básicos que representam essa relação entre a revolução sexual e os gêneros, o primeiro foi a autonomia sexual feminina, a qual se reflete na sexualidade masculina, e o segundo foi o “florescimento” da homossexualidade, que demarcaram um novo campo sexual.

Outra diferença básica entre a análise de Foucault e Giddens, é que, apesar de este considerar o discurso como essencial para compreender o desenvolvimento sexual na realidade social, para ele, isto não pode ser desvinculado de um fenômeno de reflexividade

institucional em constante movimento, ao contrário de Foucault, que defende este processo como uma intrusão direta do “poder-conhecimento” na organização social. Por exemplo, Giddens (1993) defende que o corpo “torna-se um portador visível da autoidentidade, estando cada vez mais integrado nas decisões individuais do estilo de vida”, enquanto que, para Foucault o corpo seria mais um objeto do poder disciplinar.

Assim como a sexualidade e o eu, ele está hoje intensamente impregnado de reflexividade. O corpo tem sido sempre adornado, acarianhado e, às vezes, na busca de ideais mais elevados, mutilado ou debilitado. O que explica, porém, nossas distintas preocupações com a aparência e o controle físicos, atualmente, que diferem de algumas maneiras óbvias daquelas preocupações mais tradicionais? Foucault tem uma resposta, e esta conduz à sexualidade. Ele diz que as sociedades modernas, em um contraste específico com o mundo pré-moderno, dependem da criação do biopoder. Mas esta é, no máximo, uma meia verdade. Certamente, o corpo torna-se um foco do poder disciplinar. Mas, mais que isso, torna-se um portador visível da auto-identidade, estando cada vez mais integrado nas decisões individuais do estilo de vida. (GIDDENS, 1993, p. 42).

Nessa linha de pensamento da sexualidade plástica, acontece o declínio daquilo que se entendia por perversão ou desvio, e a homossexualidade passa a determinar uma batalha parcialmente bem-sucedida sobre os direitos da autoexpressão. Giddens compara o preconceito existente em relação aos homossexuais como sendo tão profundo quanto o que as mulheres sofrem na sua luta por uma igualdade social.

As duas opressões, sejam em relação ao homossexual, sejam em relação à mulher estão fundamentadas no gênero. Consistem em uma construção histórica, social e cultural da diferença traduzida em desigualdade. Este aspecto é importante para ser destacado nas análises das redações dos crimes sexuais, uma vez que estes podem (ou não) demonstrar tanto a reprodução dessa desigualdade, como a transformação dessa relação entre desigualdade, sexualidade e gênero nas alterações que sofreu ao longo dos anos, desde a década de 40 até hoje.

Sendo assim, Giddens (1993) demonstra os outros fatores que também influenciaram nas transformações da sexualidade, destacando o amor romântico como uma ruptura em relação àquela ao mesmo tempo em que se relacionam. O amor romântico teria modificado o convívio na família, na vida pessoal, no casamento e, principalmente, a situação das mulheres, em que o autoquestionamento em referência ao outro estaria sempre presente. Outro fator ligado às transformações da sexualidade é o conceito que Giddens (1993) utiliza

do relacionamento puro, cujo significado consiste em uma ligação social sustentada enquanto as pessoas acharem que estão extraindo dela satisfações suficientes.

5. O Movimento Feminista e seus reflexos no Brasil

Uma vez que, nesta dissertação, faz-se uma análise dos crimes sexuais sob uma perspectiva de gênero, é imprescindível que parte da referência teórica inclua a tarefa de compreender o impacto e as nuances do movimento feminista no contexto social brasileiro, desde a década de 40.

Céli Regina Jardim Pinto (2003) documenta em seu livro a história do Movimento Feminista no Brasil. Ela, inicialmente, salienta que é um tema peculiar por ser marcadamente reflexivo, isto é, é um fenômeno social presente ainda nos dias de hoje e sobre os quais todos estão prontos a emitir uma opinião.

Além disso, ela também ressalta que o movimento feminista tem uma natureza heterogênea e fragmentada, com múltiplas manifestações, objetivos e pretensões diversas de forma que reconstruir esta história exigiu estratégias que implicam selecionar algumas informações pontuais e fundamentais deste movimento que tem como consequência deixar de mencionar manifestações e fatos.

A autora aponta que, assim como nos Estados Unidos e na Europa, nas primeiras décadas do Séc. XX, no Brasil, as primeiras reivindicações se concentravam nos direitos políticos, o direito ao voto (sufragistas), a busca por uma participação eleitoral como candidatas e eleitoras. As manifestações eram diversas e de diferentes formas, algumas feitas em conjunto, outras associadas a uma personalidade de relevo, como, no caso do primeiro momento do Movimento Feminista no Brasil, em que Bertha Luz era a liderança em destaque.

Céli Pinto (2003) distingue três facetas desse primeiro momento do feminismo, a primeira representada por um maior grau de organização, em que as reivindicações pelos direitos políticos das mulheres buscavam incluí-las nas relações de poder entre os gêneros. A segunda faceta desse primeiro momento era constituída por mulheres cultas com vidas públicas que chocavam com temas polêmicos para a época, como sexualidade e divórcio. A terceira faceta era a menos “comportada” e se tratava das mulheres militantes dos movimentos de esquerda, que defendiam, de forma radical, a liberalização da mulher.

Na Constituição de 1891, chegou-se a discutir o alistamento das mulheres como eleitoras, contudo isso não se consumou, embora não tivessem proibido expressamente o voto das mulheres no texto constitucional. Para a autora, essa exclusão das mulheres de forma não

expressa indica a naturalidade com que não as consideravam como cidadãos, eram “uma evidência de uma natural exclusão a mulher” (PINTO, 2003, p. 16). Isto se confirma pelo fato de as mulheres sequer aparecerem na lista daqueles que não estão aptos a votar.

Em seguida, um ano simbólico para o Movimento Feminista, no âmbito Internacional, foi 1975, pois a Organização das Nações Unidas definiu-o como o Ano Internacional da Mulher, simultaneamente no Brasil, várias atividades e eventos foram realizados, a fim de discutir a condição da mulher. Foi nesse ano que se realizou o encontro acadêmico por meio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, momento que deu espaço tanto para feministas acadêmicas com para aquelas que dispensavam apresentações formais. Mas o mais importante é que foram importantes acontecimentos para a história do feminismo no Brasil, marcando a sua entrada para as discussões sobre a questão de a mulher tornar-se mais pública.

Assim, Regina (2003) expõe que, em 1910, aquelas que não eram consideradas cidadãos, portanto, não tinham direitos políticos, fundaram o Partido Republicano, cuja atuação não aconteceu em conformidade com a ordem estabelecida. No regimento deste estatuto, não se falava apenas do direito ao voto, mas de independência e emancipação. As personalidades fundadoras foram Reolinda e Gilka. Em 1917, elas fizeram uma marcha com 20 mulheres, mas, nos fins dessa década, o partido desapareceu.

Deve-se ter presente que aquela era uma época em que a rua era interdita para as mulheres, que nela transitavam apenas por estrita necessidade, e sempre acompanhadas. Nesse cenário, o fato de 90 mulheres terem saído em passeata tem um sentido muito especial, de enfrentamento à ordem estabelecida. (PINTO, 2003, p. 20).

Em 1922, com a liderança de Bertha Luz, realizou-se, no Brasil, o I Congresso Internacional Feminista, ocasião em que nascia a Federação Brasileira para o progresso do Feminismo. Em outras partes do Brasil, outras mulheres também se destacaram, e de forma diferente de Bertha Luz, que, segundo a autora, seria adepta do feminismo comportado, por não questionar as bases da organização e as estruturas das relações patriarcais. Podemos destacar ainda Elvira Komel, em Minas Gerais, que reuniu oito mil mulheres para trabalharem em uma revolução, e Júlia Alves Barbosa, no Rio Grande do Norte, que requereu seu direito de alistamento, fazendo sua própria defesa em uma audiência histórica, na qual alegou ser solteira, maior, independente financeiramente e em perfeitas condições de exercer sua cidadania.

O jornalismo foi um meio de comunicação que proporcionou a manifestação de outra faceta do movimento feminista no Brasil, cujas representantes eram mulheres cultas e com formação educacional acima da média, destacando-se em várias partes do país e não apenas nos grandes centros, são elas: Francisca Diniz, que, em 1873, fundou o Jornal *O sexo feminino*, e Josephina Azevedo, que escrevia peças e publicava-as em jornais e revistas, sobre a educação da mulher como uma forma de libertação.

O Movimento Feminista, no Brasil, não era homogêneo, como já foi assinalado, havia as anarquistas, que traziam uma ambiguidade em não saber separar a diferença entre o problema da dominação da mulher com a dominação de classe, contudo foi neste quadro dos movimentos feministas anarquistas que se colocou em pauta que a condição de exploração da mulher decorre das desigualdades na relação de gênero. Este movimento se contrapõe, declaradamente, ao movimento “comportado” liderado por Bertha Luz, por defender que a emancipação da mulher era algo além do simples direito ao voto.

Conforme Céli Regina Pinto (2003), um novo feminismo surgiu no Brasil, nas últimas três décadas do século XX, em um momento de efervescência política, pois o país se encontrava no auge da ditadura. Nas décadas de 1940 e 1950, havia movimentos de mulheres com diferentes pautas de luta, mas nenhum deles questionava as relações de gênero. Ao mesmo tempo, esse movimento feminista vivia uma dupla face, uma vez que a busca por uma transformação nas relações de gêneros se dava em um cenário onde outros pontos deveriam ser também questionados, como a desigualdade social, a fome, a luta dos negros.

Céli Regina Pinto (2003) afirma que, nessa nova etapa do feminismo no Brasil, ainda se mantinham algumas feministas que tinham relação com o governo, como Romy Medeiros, e eram rotuladas como um movimento bem comportado, ao mesmo tempo em que havia feministas comprometidas com a luta de esquerda. Esta característica fez com que o feminismo no Brasil se desenvolvesse de forma tímida. Além disso, algumas feministas relatavam se sentir discriminadas, porque se lhes impunha que ou se era uma feminista, ou se era uma pessoa envolvida na luta pelos direitos políticos, pela luta contra a repressão e a ditadura, isto ficava mais evidente quando alguns grupos de exilados do sexo masculino se declaravam contra a luta dessas mulheres.

Evocando a primazia da luta de classes ou da luta pela democracia, esses grupos viam o feminismo como uma luta menor ou uma ameaça à unidade. Por sua parte, o movimento tinha posição diversa em relação a esses dois pólos de opressão: em relação ao regime, colocava-se claramente na oposição – não há uma única manifestação feminista durante a década de

1970 que mesmo de longe possa levar a supor alguma simpatia com o que acontecia no país em termos políticos. (PINTO, 2003, p. 58).

O movimento feminista do período que compreende as décadas de 70 e 80 destacou-se pelo surgimento de grupos de mulheres que se reuniam informalmente para refletir e discutir sobre assuntos de diversas ordens. Eram grupos fechados que se encontravam dentro das casas e não saíam ao público, constituídos por mulheres acadêmicas, intelectuais de esquerda, profissionais. Os assuntos que discutiam eram diversos, inclusive sobre a sexualidade, ora quando fazia parte da reflexão, ora para informar que se demorou em colocá-la como ponto de discussão.

No período de redemocratização do país, o movimento feminista desenvolveu um papel importante na inserção das mulheres na política, em meados da década de 80. Esta presença dos grupos feministas diversos se deu em vários campos da política, pois conquistaram espaço no plano institucional (Conselhos de Condição da Mulher e Delegacias da Mulher), havia mulheres com cargos eletivos e forte participação política em meios alternativos.

A autora Céli Pinto (2003) assinala que se criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o qual tratou de diversos temas, inclusive polêmicos, relacionados à sexualidade e ao direito reprodutivo, mas que a maior intervenção deste Conselho se deu com a Constituição de 88. Apesar de esta autora discorrer sobre a sexualidade, não aprofunda muito as discussões que envolviam esse tema, seu trabalho concentra-se mais nas conquistas políticas realizadas pelas mulheres.

Logo, as mulheres que foram eleitas tiveram muito sucesso ao representar o movimento feminista, apesar dos conflitos que havia dentro do próprio movimento. Essas mulheres apresentaram emendas que englobavam as reivindicações feministas sobre os direitos das mulheres. A única questão ainda pendente que foi objeto de emenda popular pelas mulheres, mas não teve repercussão na Assembleia Constituinte, foi a legalização do aborto, uma questão que não deixa de estar relacionada à sexualidade.

É necessário destacar que a autora enfatiza esse momento histórico da Constituinte como importante no sentido de uma participação contundente da sociedade civil. Este momento permitiu que o movimento feminista atuasse como um personagem principal, além de propiciar o encontro entre a sociedade e as instituições públicas.

Céli Pinto (2003) lembra que, nessa década de 80, novos temas passaram a ser centrais no movimento, como a violência e a saúde. Ambos relacionados à sexualidade. A

autora assinala que a violência era um tema restrito à esfera privada e não havia intervenção do Estado. O estupro não era crime, pois, se cometido contra a esposa, isso era um dever que lhe cabia como consequência do casamento, como já foi mencionado na introdução desta dissertação.

A violência contra essa mulher era legitimada inclusive pelo judiciário, quando se falava em legítima defesa da honra para os casos de crimes passionais. Mariza Corrêa (1981) critica o fato de o crime passionais passar a ser considerado como um crime em legítima defesa da honra, quando o Código de 1940 entrou em vigor, apesar de não haver uma definição do que se entendiam por honra, e, ainda assim, não há, na redação desse código. Ou seja, o crime passionais passou a ser um tipo de crime com uma circunstância privilegiadora, que diminuiria a pena do agente da conduta.

Entretanto, com a luta do movimento feminista, surgiam organizações profissionais, ONGs, Delegacias especializadas, que não solucionavam o problema da violência contra a mulher, mas representavam uma transformação e um reconhecimento por parte da sociedade e do poder público dessa desigualdade que resulta em violência.

Conforme a autora (2003), a sexualidade era um tema debatido em outros países desde a década de 60, mas, aqui no Brasil, isso veio tarde. A sexualidade era discutida nos grupos de mulheres, mas não era uma questão que se apresentava publicamente, por razões diversas, como considerar que seria um tema de luta burguês que ameaçaria a família.

Céli Pinto (2003) esclarece que o movimento feminista não era um movimento popular, e que os trabalhos acadêmicos relacionados ao gênero e ao movimento feminista eram produzidos dentro da academia por intelectuais interessados, diferente de outros movimentos sociais, que produziam seus próprios intelectuais analistas. Essa autora declara que o trabalho de Heleith Saffioti, *A mulher na sociedade de classes: mito ou verdade*, no fim da década de 60, significou um marco histórico no movimento feminista no sentido de colocar o tema sobre mulher e relações de gênero em destaque no meio acadêmico e, conseqüentemente, no outros meios que constituem a sociedade.

Apesar disso, conforme Céli Pinto apresenta (2003), foi somente no fim da década de 70 que os trabalhos que envolviam os temas do movimento feminista tomaram vulto. E foi no fim da década de 80 que surgiram os grupos de estudo sobre o gênero. Havia, contudo, certa resistência em relação ao tema por não o considerarem como objeto de estudo, mas isto não conteve o surgimento e o crescimento de núcleos de estudo sobre gênero e movimento feminista, como o PAGU, em Campinas, e a Revista de Estudos Feministas, nas

Universidades do Rio de Janeiro e Santa Catarina, além de a Universidade de São Paulo e da Bahia também tornarem-se centro de estudo em evidência em relação ao tema.

Céli Pinto (2003) cita que, com a virada do século, o feminismo assumiu outros contornos os quais propiciaram que as demandas fossem incorporadas pelo discurso público. Ela salienta que sinais singelos na sociedade demonstraram uma mudança cultural de postura em relação aos movimentos identitários. Além disso, o movimento feminista tomou um caráter difuso, pois passou a ser defendido por pessoas que não necessariamente se identificavam como feministas. O movimento segmentou-se com o papel das ONGs, que intermediavam as reivindicações deste com o poder público. Um exemplo é o papel da Rede Saúde junto ao Ministério da Saúde, a qual tinha como um de seus princípios (PINTO, 2003, p. 103): “Considerar a violência sexual e doméstica como uma violação dos direitos humanos.”.

Essas ONGs associadas a outros órgãos como o CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, tiveram um papel importante de intervenção, reivindicando ações dos três poderes.

Para o Poder Executivo, recomenda política públicas, campanhas e programas educativos, incorporação de disciplinas em currículos escolares; para o Legislativo, recomenda a aprovação de leis que garantam recursos orçamentários e reformulação de códigos; para o Judiciário, recomenda medidas de sensibilização das autoridades judiciárias, como promoção de cursos para seus funcionários. (PINTO, 2003, p. 104).

Ana Silvia Scott (2012) apresenta uma retrospectiva do papel da mulher, desde os fins do século XIX até as décadas atuais, e demonstra que as transformações foram muitas. Antes da urbanização, o matrimônio tinha como finalidade a procriação e à mulher era vetado o desejo e o prazer. Assim, durante o processo de industrialização e urbanização, outro modelo de família surgiu, o qual deu lugar ao amor romântico, em que, conseqüentemente, a essa “nova família” exigia-se uma “nova mulher”.

Na década de 40, conforme Scott (2012), quando o Código Penal entrou em vigor, o presidente Getúlio Vargas deu início a legislações voltadas para as populações urbanas, dentre elas, assumia-se que o Estado era responsável por educar a infância e a juventude para a família, em outras palavras, educar as mulheres para o casamento e a maternidade. Ainda que, nesse período, a maioria das pessoas ainda morasse nas áreas rurais, nas cidades, o modo

de vida estava se transformando significativamente, de forma que outras formas de relacionamento também surgiam, como o namoro sério.

Também foi na década de 40 que as mulheres casadas passaram a ter o direito, previsto em lei, para trabalhar fora, desde que com a autorização expressa do marido, pois eram consideradas civilmente incapazes, isso é visível no teor das decisões dos órgãos superiores, porque, no texto destas decisões, as mulheres também não eram consideradas capazes de se representar perante o Judiciário, ou representarem umas às outras, pois sempre deveriam ter algum homem responsabilizando-se por elas.

Scott (2012) ainda refere que, na década de 60, paralelo ao momento em que Beauvoir lançava seu livro *O Segundo sexo*, no Brasil, entrava em vigor o Estatuto da Mulher Casada, em que se reconhecia a condição de companheira da mulher. Esse foi um período de grande repressão no Brasil devido à ditadura, mas como já foi destacado, foi, por outro lado, o período histórico em que o movimento feminista ganhava força, e, algumas vezes, rebeldes desafiavam os padrões rígidos da época.⁴

Na década de 80 surgia um novo modelo de família como também a reinvenção da mulher, pois seus papéis se transformaram tanto na família como na sociedade, diante de um contexto social mais democrático no que tange às relações de gênero, culminando, no início do século XXI, com o reconhecimento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal da união estável para casais homossexuais, o que lhes passa a garantir certos direitos que eram restritos a casais heterossexuais.

Essa nova mulher não tem como projeto de vida o casamento perfeito e a maternidade, há outros projetos individuais. Além disso, não se encara mais o matrimônio como antigamente, esta relação, quando não satisfatória, se desfaz com mais facilidade. O casal moderno tem, inclusive, como escolha de vida não possuir filhos.

Joana Maria Pedro (2012), ao tratar do movimento feminista no Brasil e sua relação com aspectos como corpo, prazer e trabalho, atem-se aos grupos de consciência constituídos por mulheres a partir da década de 70, que se concentravam nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Estes grupos já foram mencionados no trabalho de Céli Regina Pinto, mas a novidade que Joana Maria Pedro (2012) trouxe é sobre a questão da sexualidade, pois ela dispõe mais atenção sobre esta categoria e informa que esse tema era um dos que mais ocupavam espaço nesses grupos de reflexão a partir de depoimentos intimistas.

⁴ A atriz Leila Diniz, em uma entrevista, revelou que as mulheres poderiam se relacionar por prazer e não por amor, a repercussão desta entrevista resultou nas primeiras leis de censura à imprensa.

Em seu trabalho, Joana Pedro (2012) faz menção sobre uma revista *Realidade*, da década de 60, que foi proibida de circular sob a alegação de ofender a “honra da mulher”. Da mesma forma que vinte anos depois, na década de 80, Marta Suplicy sofreu censura e repressão por parte da sociedade por apresentar um quadro, no programa *TV Mulher* da Rede Globo, que abordava assuntos como prazer, orgasmo, sexualidade, masturbação.

ANÁLISE COMPARATIVA DAS REDAÇÕES DOS CRIMES SEXUAIS COM AS DECISÕES

Após toda a discussão teórica sobre os conceitos fundamentais deste estudo, este capítulo apresenta o resultado da pesquisa realizada a partir da leitura das sentenças/decisões dos órgãos superiores do Poder Judiciário e também das redações dos crimes sexuais, com as alterações que sofreram desde 1940, as quais estão sendo retiradas de Códigos Penais comentados.

Um dado importante que pode ser retirado de antemão é que a primeira alteração na redação dos crimes sexuais só aconteceu após 50 anos da vigência do Código Penal de 1940. Foram duas leis que tiveram essa finalidade, uma é a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente), que agravou a pena do crime de estupro (art. 213) nas circunstâncias em que a ofendida se tratasse de menor de quatorze anos. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos crimes hediondos), também alterou a redação do crime de estupro, criando uma causa de aumento de pena¹ e o enquadrando como crime hediondo. Esta causa de aumento de pena deveria acontecer quando o crime fosse cometido contra as pessoas que estivessem nas condições previstas do art. 224.

PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) Não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.²

Como se pode perceber, essas duas alterações não tiveram consequências, a princípio, no que tange a uma análise sob uma perspectiva de gênero, uma vez que criaram alguns critérios para aumentar (agravante e causa de aumento) a pena base do crime de estupro em relação à idade da vítima.

Os primeiros momentos do movimento feminista no Brasil são de antes da vigência do Código Penal de 1940, contudo eram reivindicações que se concentravam mais no

¹ Há diferenças entre os institutos da *agravante e da causa de aumento*. Ambos são utilizados para calcular a pena, mas a principal diferença é que a agravante não tem previsão legal do *quantum* (do valor, da quantidade), isto é, caberá ao juiz estabelecer o aumento, ele possui essa discricionariedade, enquanto a causa de aumento tem previsão legal, de forma que o juiz deve seguir o que está estabelecido na lei.

² BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul. 2013. Consultar anexo.

campo político, como o direito ao voto, sendo a sexualidade um tema que não era objeto de luta, apesar de alguns grupos isolados de mulheres discutirem sobre a sexualidade.

1. Décadas de 1940 a 1990

a. Das decisões judiciais da década de 40 a 90

Antes de dissertar sobre a redação dos crimes sexuais, a partir dos Códigos Penais comentados, far-se-á uma análise das sentenças dos órgãos superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) até a década de 90, quando se deu a primeira alteração por meio das leis citadas anteriormente.

A primeira decisão analisada³ é da década de 40 (Habeas-corpus nº 35.329 23 de abril de 1948), tem como conteúdo o julgamento da concessão de um *habeas corpus*⁴ para o acusado que cometeu o crime de sedução, previsto no art. 217.

A decisão foi pela não concessão da *sursis*⁵ via *habeas corpus*, mas houve um dos ministros que deu um voto divergente. A fundamentação da sua decisão é que interessa ser analisada, e nesta consta que o motivo para o indeferimento do *habeas corpus* é que o autor do crime não demonstrou justificativa por não querer reparar o dano que fez, sendo que esta reparação consiste no casamento posterior com a vítima.

Não autoriza o indeferimento do “sursis” o fato de se recusar o acusado a casar com a ofendida, o que pode ter por base a persistência negativa da autoria do crime, o conhecimento de defeitos graves da vítima ou até por mal entendido brio do acuso.⁶

Em seguida, os outros votos foram no sentido contrário, dizendo que é requisito para o benefício da concessão da suspensão da pena (*sursis*) a reparação do dano e que o bem jurídico atingido seria a honra sexual de uma jovem, sendo o casamento o meio específico

³ Nesta decisão há uma divergência de dados em relação à data que consta no texto da sentença e que consta no site do Supremo Tribunal Federal. Diante dessa divergência a certeza que se tem é que a data deste julgamento ocorreu entre as décadas de 40 e 50.

⁴ O *habeas corpus* é um direito previsto na Constituição Federal de 1988 para aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

⁵ Basicamente, a *sursis* é um direito do réu que quando em determinadas circunstâncias e preenchidos alguns requisitos pode ter a sua pena suspensa.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 35.329. Brasília, DF, 23 de abril de 1948. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 de out 1958. p. 845. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

para a reparação, pelo qual a ofendida se tornaria uma mãe de família e se evitaria que ela degradasse na prostituição.

Os próprios termos utilizados para proferir a decisão são carregados de valor simbólico, pois deste dado documental pode-se concluir que a mulher não era considerada capaz de decidir sobre sua própria sexualidade, uma vez que, em muitos casos, o que acontecia não era estupro, mas uma relação sexual consensual. Por outro lado, nos casos em que realmente houvesse estupro, essa mulher poderia ser condenada a conviver e casar com aquele que a violentou, pois isto era uma forma de perdoar a pena do acusado, que estaria agindo para, na perspectiva jurídica e social daquela sociedade, reparar o dano.

Além disso, há outra violência em relação a esta mulher que foi ofendida, quando se fala em reparação do dano, sendo que cabe apenas à pessoa em situação de violência definir o que seria a reparação ou se esta é possível, por se tratar de um critério subjetivo. Fala-se em reparação de dano, quando, por exemplo, se danifica um patrimônio ou pelo descumprimento de um contrato, porque isso gerou um prejuízo para outrem, o que não é o mesmo caso quando alguém sofre uma violência, pois, dependendo do caso, as consequências sofridas por quem é vítima de violência ultrapassam os limites de uma restituição por meio de multa, são sequelas que não se traduzem em valores monetários.

Além disso, a partir de outras fundamentações da decisão, é possível deduzir que a reparação deste “dano” não se referia à violência causada à ofendida, e, sim, em evitar que ela se tornasse uma prostituta, pois, com o casamento, ela passaria a ser uma mãe de família e o agente estaria “corrigindo” a desonra que provocou com a sedução à jovem.

Em outro julgado da década de 50 (Habeas-corpus nº 32.035, 04 de junho de 1952), que também tinha como objeto a concessão de um *habeas corpus*, a defesa alega que o crime de estupro não poderia subsistir, uma vez que a ofendida se casou com terceiro, e este passaria a ser o titular da representação da menor, não mais a mãe daquela. Logo, se o atual marido da vítima não deu prosseguimento à ação deveria ser concedido o *habeas corpus*.

A ilegitimidade da mulher, sendo ela menor ou não, para se defender por meio de uma ação judicial não é novidade no contexto social daquela época, pois essa mulher não era considerada como uma cidadã de direitos. Contudo, o que nos chama mais a atenção é o teor da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, que não concedeu o *habeas corpus*, com o fundamento de que se tratava de uma ação pública em que o Ministério Público daria prosseguimento na representação, por mais que isso fosse contrário ao direito da vítima do “sossego do lar e esquecimento do passado.” “O escândalo já se produziu com a propositura

da ação, e o objetivo sentimental de poupar vexames a esse lar não pode sobrelevar ao interesse social.”⁷

A conotação que essas palavras atribuem ao crime de estupro, quais sejam, vexame, escândalo, sossego do lar colaboram para pensar que se tratava de uma sociedade extremamente moralista em relação à mulher. É como se, além de ter sido violentada, ela fosse culpada por manchar o seu novo lar, este que passaria a ter ao casar-se com terceiro. Assim o direito ao esquecimento citado na sentença não é em relação à violência contra a ofendida, e sim ao esquecimento dos outros em relação ao crime que “manchou” sua honra.

Em outra decisão de *habeas corpus* da década de 60 (Habeas-corpus nº 45.958, 10 de setembro de 1968), o advogado de defesa alegou nulidade da representação da queixa porque foi feita pela irmã da vítima que é casada, mas sem a assistência do marido. O Supremo Tribunal Federal julgou este fato irrelevante, contudo outro fato lhe chamou a atenção, quanto à virgindade da vítima.

No teor da decisão deste *habeas corpus*, a materialidade em relação ao fato da vítima ser ou não ser virgem foi alvo de discussão, no sentido de que, se havia dúvidas em relação a este fato, dever-se-ia decidir a favor do réu. O ministro do Supremo Tribunal Federal critica a decisão do juiz de primeira instância por considerar sua decisão ultrapassada – “Inclinou-se o horado magistrado para a corrente doutrinária que aceita a existência da corrupção de menor de 18 anos já deflorada, se não é depravada. Eu próprio já pensei assim.”⁸

Há duas outras passagens interessantes dessa mesma decisão da década de 60 (Habeas-corpus nº 45.958, 10 de setembro de 1968), pois, no seu teor, o voto do ministro é no sentido de que se a cópula com a mulher foi normal, e ela não era considerada virgem, não se pode dizer que houve o crime de defloração e nem de corrupção, pois não se corrompeu a inocência da menor. Neste caso, se é uma mulher menor e virgem que decidiu ter uma relação sexual “normal” com um homem, seria crime, pelo requisito da materialidade do crime que é a virgindade, por isso, a forte simbologia do termo deflorar.

Outro aspecto de destaque foi o comentário feito pelo ministro, ao final da decisão, de que a moça ofendida advinha de uma capital, Rio de Janeiro, onde o meio seria mais adiantado e as moças não são tão recatadas, pois conhecem bem os homens e se

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 32.035. Brasília, DF, 04 de junho de 1952. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul 2012.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 45.958. Brasília, DF, 10 de setembro de 1968. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 de dez 1968. p. 4899. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

defendem melhor. A decisão não se restringiu a analisar o requisito da materialidade do crime (virgindade), pois, segundo se fundamentou, era necessário levar em consideração aspectos morais relacionados à vítima, como o fato de ser ela natural da capital, o que contribuiu para julgar seu comportamento moral, pois as moças das cidades grandes, de acordo com o ministro do Supremo, seriam menos recatadas.

Outra decisão também da década de 60 (Habeas-corpus nº 42.252, 23 de junho de 1965) levanta uma discussão sobre a questão da virgindade ser um elemento essencial para enquadrar no tipo penal de defloramento ou no crime de corrupção, então, o ministro faz uma distinção entre corrupção parcial e corrupção integral.

Nessa distinção, ele defende a tese de que a vítima não era virgem, então, não poderia o réu ser condenado pelo crime de defloramento, mas a ação deveria prosseguir em relação ao crime de corrupção. Assim, em seu voto, o ministro alerta para o fato de que não pode ser vítima de corrupção aquela que é integralmente corrupta. No caso descrito na sentença, o ministro decide que a moça, apesar de já não ser mais virgem, era humilde e deixou-se levar pela leviandade do réu, de forma que não era uma moça corrupta, muito menos integralmente corrupta, e seu julgamento se baseou no comportamento da vítima pelos fatos relatados pelos envolvidos e testemunhas, de ser uma moça “direitinha”, pois só manteve relação com o réu no terceiro encontro, o que se enquadra em um caso de corrupção parcial.

A verdade não está sempre nas situações extremas, entre a moça inteiramente recatada e a inteiramente corrupta, há uma infinidade de situações intermediárias. A ofendida, evidentemente, não se acha em nenhum dos extremos: agiu com certa leviandade, o que lhe retira a proteção do art. 217 do Código Penal, mas não é uma menor corrupta, o que lhe assegura a do art. 218.⁹

Vale ressaltar que, nessa segunda decisão da década de 60 (Habeas-corpus nº 42.252, 23 de junho de 1965), também se fez um parecer sobre o fato de a moça em questão ser natural de cidade grande, local onde elas conhecem melhor os homens e melhor se defendem.

Na terceira decisão da década de 60 (Habeas-corpus nº 42.569, 03 de outubro de 1965), o teor do julgamento se faz sobre a conceituação do crime de defloramento e a substituição deste pelo crime de sedução, no sentido que aquele pressupunha a ruptura do

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 42.252. Brasília, DF, 23 de junho de 1965. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 de out 1958. p. 845. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

hímen e este não, “basta que a cópula seja realizada com mulher virgem, ainda que não resulte essa ruptura como nos casos de complacência himenal.”¹⁰

Diante disso, o crime de sedução, segundo a redação da decisão do *habeas corpus*, é mais abrangente que o antigo tipo penal do defloramento, pois ele não exige que a cópula seja completa. Apesar disso, o Ministro Hungria decide conforme o conceito técnico jurídico do tipo penal “defloramento”, concedendo *habeas corpus* em relação a esse crime pelo hímen não ser complacente e estar íntegro, deixando a possibilidade da ação prosseguir em relação ao crime de corrupção de menores.

Nesse sentido, a decisão desse ministro configura um retrocesso, pois ele decidiu com base na conceituação de um tipo penal o “defloramento” do Código Penal anterior, o qual atribuía valor simbólico à manutenção da “flor” da virgindade, sem considerar outros fatores como a questão do consentimento. Ou seja, o rompimento do hímen não deveria ser o critério para determinar a conduta criminosa, pois poderia haver crime com ou sem a cópula, o que deve ser levado em conta é o consentimento, a liberdade de agir ao praticar aquela conduta, e não fundamentos de valor moral, como a manutenção da virgindade.

Nas decisões da década de 70, uma delas é um *habeas corpus*¹¹ de um crime de estupro, com julgamento baseado em fundamentos morais, em relação tanto à conduta da ofendida quanto em relação ao réu, aquela é considerada mulher de bom conceito e humilde enquanto este, alguém “solto no mundo”. Neste caso, pode-se destacar que o julgado justifica a atitude da ofendida de não ter relatado o ocorrido de início para poupar seus filhos e o seu marido de humilhação, demonstrando de que forma sobre a mulher estava depositada toda a honra da família.

Em outra decisão da década de 70 (Recurso Extraordinário nº 73.651, 21 de junho de 1972), a discussão também é profundamente fundamentada em um comportamento moral. Nesta, busca-se averiguar se a corrupção contra a menor deflorada é fato substancialmente relevante para punir ou não o agente. Ao longo do julgamento e ao final, eles decidem que é possível que uma menina deflorada não se torne corrompida e mantenha-se recatada, provando, nos autos, que não se depravou. Todavia eles ainda defendem que este fato não pode servir para absolver o réu, pois de fato ocorreu a conjunção carnal, além disso, trata-se de um agente em condição especial por ser casado, o que lhe impõe um aumento da pena.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 42.569. Brasília, DF, 18 de agosto de 1965. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 de out 1965. p. 815. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 56.089-0. Brasília, DF, 25 de abril de 1978. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 de mai. 1978. p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul 2012.

Neste sentido, pode-se perceber que a avaliação e o julgamento de valor se fazem em relação ao homem e à mulher.

Não há dúvida de que o querelado manteve conjunções carnavais com a ofendida, mas esta caminha pela vida normalmente. Não se tornou uma corrompida em virtude do defloramento, da sedução, digo, da perda da virgindade física.

[...]

Lê-se nesse acórdão: “a conjunção carnal fora do matrimônio é, sob o ponto de vista jurídico-penal, inquestionavelmente, ato de libidinagem. É o ato de libidinagem por excelência...”¹²

Nas sentenças das décadas de 80, em uma delas¹³ (Recurso de Habeas-corpus nº 66.989, 08 de novembro de 1988), pode-se pressupor que a ofendida foi de livre arbítrio viver com o réu e ter com ele um relacionamento, pois este fato aconteceu duas vezes. O réu foi julgado duas vezes e, na primeira, foi absolvido, e a discussão é se isso não seria *bis in idem*¹⁴ dos crimes de rapto e estupro. Por fim, em nenhum momento da decisão, pode-se saber a vontade da ofendida, pois não se faz remissão a isto de forma evidente, e quem fez a queixa foi sua mãe, mediante representação. Quanto ao *bis in idem*, os julgadores decidiram que não se configura o julgamento de um fato repetido, apesar de ser o mesmo tipo penal e o mesmo sujeito, pois aconteceram em momentos e datas diferentes.

Sobre a segunda sentença do ano de 1984¹⁵ (Habeas-corpus nº 61.471-0, 04 de dezembro de 1984), é importante discriminá-la, porque, em seu texto, destaca-se a virgindade não ser mais um requisito do elemento do tipo para caracterizar o crime de estupro. No Código Penal de 1890, havia os tipos penais de defloramento (que exigia como requisito a virgindade da vítima) e o estupro que não fazia essa exigência. Contudo percebe-se pela leitura das decisões anteriores, que elas eram bastante influenciadas pelo crime de defloramento, ao confundi-lo, diversas vezes, com o estupro e ao citá-lo, por mais que o Código Penal de 1890 não fosse mais vigente, e o Código Penal de 1940 não prescrevesse mais esse crime.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 73.651. Brasília, DF, 21 de junho de 1972. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 de out 1958. p. 845. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas-corpus nº 66.989. Brasília, DF, 08 de novembro de 1988. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 02 de dez 1988. p. 602. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

¹⁴ Significa quando o réu é julgado novamente pelo mesmo crime, isso é proibido no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 61.471-0. Brasília, DF, 04 de dezembro de 1984. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 08 de mar 1985. p. 124. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude:

Pena – de prisão cellual por um a quatro annos.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.¹⁶ (*sic*)

O Código Penal de 1890 trazia, então, o artigo 267, com a previsão do crime de defloramento, e o artigo 269, que trazia o estupro, crime que não tinha como requisito a virgindade da vítima.

b. Dos comentários ao Código Penal de 1940

Primeiramente, é importante trazer os comentários ao Código Penal de 1940, anterior a qualquer alteração na redação dos crimes sexuais. O primeiro crime previsto no Título VI *Dos crimes contra os costumes*, do Código Penal de 1940 é o do art. 213 – estupro. No Código comentado de Francisco Antonio Gomes Neto (1985), aparece a demarcação de que o agente só pode ser homem e a vítima só pode ser mulher, tendo esta a seguinte definição “...é toda pessoa do sexo feminino depois da puberdade. Esta, por sua vez, é a aptidão para a procriação e se constata fundamentalmente pela ocorrência da menstruação.” (NETO, 1985, p. 188).

Essa definição é um critério objetivo para definir o crime de estupro, de forma que, não tendo a menina chegado à puberdade com a ocorrência da menstruação, o crime contra sua pessoa seria outro, diverso da conjunção carnal, pois, segundo o autor (1985), para o agente o ato pode ser o da conjunção carnal, mas, para a vítima não representa isso, devendo o crime ser de outra natureza, como o de constranger alguém a ato libidinoso.

Quanto à possibilidade deste crime ser cometido pelo marido da vítima, o autor (NETO, 1985) destaca a necessidade de verificar até que ponto pode ser exercido o direito do marido à conjunção carnal com sua esposa no âmbito do direito civil, e conclui que, perante o Código Civil, não se menciona nada sobre o dever da conjunção carnal. Contudo, apesar disso, o fato de o autor que comenta este crime fazer esta ressalva sobre averiguar o direito civil do cônjuge demonstra que o contexto social da sociedade brasileira, na década de 80, era, predominantemente, machista, uma vez que se discute sobre o direito ou não de o marido cometer um ato que é configurado como crime pelo Código Penal. Não se vê, em momento

¹⁶ BRASIL. Código Penal de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 23 de abr. de 2013.

algum, questionamento sobre a dignidade da pessoa humana, mulher no caso, mas sim, a sua condição como esposa que deve cumprir seus papéis e deveres, e posições desse tipo ainda estão presentes, atualmente, entre estudiosos do Direito, como a de Magalhães Noronha (2003).

O segundo crime previsto no art. 214 é do atentado violento ao pudor, em que, segundo Neto (1985), pode ser vítima qualquer pessoa que não somente a mulher, e o ato libidinoso pode ser qualquer um que não a conjunção carnal, a qual significa a introdução do membro masculino no órgão feminino. O autor cita, inclusive, o ato de sodomia como possível de ser enquadrado como atentado violento ao pudor e não como estupro, apesar de também implicar um tipo de conjunção carnal.

O art. 215 prevê o crime de posse sexual mediante fraude, que se trata do crime de conjunção carnal com mulher honesta. Nos comentários referentes a este crime, há relevante conotação moral ao se discutir o requisito “honesto”. O autor (1985) refere que a definição de mulher é uma questão de fato, isto é, o conceito de mulher não pode variar de autor para autor, não permite interpretações diversas, porque é mulher aquela que preenche determinados requisitos, conforme a maioria dos estudiosos do direito prescrevem. Enquanto que, por ordem, o requisito honesto seria classificado pela mulher casada que coabita com marido e possui filhos com ele, depois, a viúva, a solteira, de família que não tenha filho, e, por fim, toda mulher cuja a honestidade não tenha sido contestada por meio de provas em juízo.

Mas pode a própria mulher casada não ser honesta, como pode também a solteira que tenha filho ser honesta, até quanto qualquer casada, tudo dependendo de saber, fundamentalmente, das circunstâncias em que a solteira se engravidou e de como cada uma vive. De qualquer forma, para que não haja o crime, desde que reunidos os outros elementos de sua definição legal, é indispensável que a mulher não seja honesta, que a sua desonestidade seja completa e inconteste. Embora a mulher desonesta esteja excluída da proteção, a desonestidade da mulher há de ser pública e notória, ou pelo menos completa e devidamente provada, para poder excluir o crime. (NETO, 1985, p. 193)

Em relação a esse crime o autor opina dizendo que todas as mulheres deveriam ser contempladas pela sua proteção, mesmo sendo prostituta, justificando que este dispositivo está assim, pelo fato de a prostituição ser um mal recorrente de uma sociedade marcada pela desigualdade econômica. No entanto a prostituição, na sociedade atual, não é interpretada por alguns como um “mal”, inclusive é defendida como uma profissão que deveria ser reconhecida pelo Ministério do Trabalho. No mesmo artigo, há um aumento de pena para

quando o crime for cometido contra mulher virgem, aquela que ainda possui o hímen intacto. Conforme Neto (1985), isto não se coaduna com a justiça social, pois há meninas virgens que não tenham cometido o ato da conjunção carnal, mas possam ser viciadas em atos libidinosos diversos.

O crime previsto no art. 216 é do atentado ao pudor mediante fraude, para o autor, é o mesmo crime descrito no art. 215, só que a vítima, no caso do art. 216, só pode ser mulher e honesta. O crime do art. 217 é o de sedução, ato de seduzir mulher virgem, que, segundo o comentário do autor, deve-se pressupor que a vítima seja inexperiente ou que, justificadamente, tinha confiança no agente, o qual aproveitou desses elementos para praticar a conjunção carnal.

Nesse crime, a redação do artigo estipula a faixa etária das vítimas entre quatorze e dezoito anos, dizendo que, nesta faixa, é comum que elas sejam inexperientes, mas, caso não sejam, não há crime. Para Neto (1985), pode ser considerada experiente a moça que tenha feito curso secundário ou frequentado escola ou colégio de ambos os sexos, aquela que já tenha viajado, ou namorado mais de um moço sério, aquela que saia constantemente a passeio ou com más companhias.

Pelos comentários feitos pelo autor, percebe-se que o critério e o requisito que influem no julgamento desse crime de sedução é a avaliação do comportamento da vítima, e não se o a prática foi consentida e de comum acordo, mesmo que ela tivesse condição de discernir o que estava acontecendo. Preza-se que a vítima seja inexperiente ou que tenha uma confiança no agente que justifique seu comportamento, e o autor dispõe de comentários do que, naquela época, seriam os comportamentos que se enquadram nesses dois requisitos.

Sedução

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito e maior de quatorze anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena – Reclusão, de dois a quatro anos.

Para o autor, a justificável confiança se explica na expectativa da vítima de se casar com o agente, ainda mais quando este fosse de condição social extremamente diversa da condição social daquela. O próximo crime do art. 218 é da corrupção de menores, que, segundo o autor Neto (1985), diferencia-se da sedução, pois esta implica desonrar valendo-se de promessas e encantos, enquanto que a corrupção consiste em perverter, estragar física ou moralmente.

Segundo os comentários em relação ao crime de corrupção, é necessário que o ato do agente consista em um ato libidinoso, que seria qualquer ato diverso da conjunção carnal, praticado de modo a corromper a vítima, pode a conjunção carnal estar acompanhada de atos libidinosos, mas ela, fisicamente, não teria, conforme Neto (1985), a capacidade de corromper mulher alguma. Ver-se-á, nas decisões judiciais analisadas, que, em algumas, há a discussão sobre este crime quanto ao seu resultado. Isto é, para que aconteça a corrupção, é preciso ou não que a vítima passe a ter um comportamento diferente do que tinha antes da conduta criminosa? Se a vítima manteve-se “comportada”, houve ou não o crime de corrupção? Pois alguns defendem que há crime independente do resultado, ou seja, se a vítima mudou seu comportamento ou não após o ato libidinoso, outros defendem que não haveria crime, já que o ato libidinoso não chegou a corromper a vítima, no sentido que tanto esta como a sociedade estariam preservadas.

No art. 219, há o crime de rapto violento ou mediante fraude, quando se rapta mulher honesta, e o art. 220 é o rapto consensual, que o próprio nome já diz, quando o rapto se dá com o consentimento da vítima que é maior de 14 anos e menor que 21 anos.

Esse crime é interessante diante da análise da perspectiva de gênero, porque, na própria escrita da lei, retira-se da mulher o direito de consentir ser “raptada”. Não podemos generalizar todos os casos como sendo realmente consentidos de livre e espontânea vontade da vítima, mas, neste quadro, os reflexos desse crime são inúmeros na sociedade, pois se retira da mulher o direito de decidir sobre sua vida e, conseqüentemente, sobre sua sexualidade, sendo o seu consentimento em ser raptada um requisito para um crime.

Por outro lado, o autor orienta que não poderia haver conjunção carnal, objetivamente falando, quando essa mulher ainda não tivesse atingido a puberdade, pois, neste caso, ela não seria mulher e o dispositivo se refere a mulher. Isto demonstra o quão os juristas buscavam a justiça a partir de uma interpretação ainda muito objetiva e técnica da lei, quando fugiam disso, era para analisar moralmente as condutas das vítimas, buscando explicar o conceito de honesta, moça experiente etc. O artigo seguinte (art. 221, consultar anexo) previa uma redução de pena quando o agente do rapto tivesse a intenção de se casar com a vítima, pois o casamento seria uma forma de “recuperar” a honra da vítima e reparar o dano.

No art. 226, há prescritas as causas de hipóteses de aumento de pena, e uma delas é quando o “agente é casado”. Ou seja, quando o agente que cometeu o crime for casado, a pena base deve ser aumentada, o que demonstra que também se considerava a conduta moral do agente, destacando que esta causa de aumento era para o agente homem, não havia

previsão de causa de aumento para quando o agente do crime fosse mulher casada, talvez porque são raros os crimes em que a mulher pode ser o sujeito ativo da conduta.

Um caso singular é do índio “Paulinho Paiakan” e sua mulher Irekran, que foram denunciados, em 31 de maio de 1992, por uma estudante pelo crime de estupro. Pela definição do crime de estupro do Código Penal, sem a alteração promovida em 2009, apenas Paulinho poderia ser sujeito ativo deste crime, de forma que Irekran deveria ser condenada por outra tipificação penal, apesar de ter participado do crime. O que aconteceu foi a condenação de Paulinho pelo Superior Tribunal de Justiça e o encaminhamento da ação contra Irekran para ser refeito, pois alegaram que ela estava em processo de acultramento.¹⁷

O próximo crime do art. 227 é o de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem, faz parte do Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de mulheres. Em relação a este crime, é relevante reproduzir o comentário de Neto (1985), uma vez que ele afirma que o Código considera as mulheres como sexo frágil, mas, ao mesmo tempo, a pessoa mais propensa para cometer esses crimes, pois, pela tradição, ela teria mais “jeito” para seduzir, apesar de que, da forma como está a redação do crime, elas deveriam ficar impunes, pois tende-se a considerar que, para as mulheres, a sedução é uma arte natural, um dever de ofício.

Ou seja, ele reproduz, evidentemente, um preconceito com fundamento em um determinismo biológico baseado no sexo, de que a mulher, naturalmente, é o sexo frágil e, ao mesmo tempo, dotada de qualidades inatas para a arte de seduzir.

... o Código se esqueceu, definitiva e completamente, de que o crime pode ser cometido também por mulheres, por exemplo, pela esposa contra o marido ou pela irmã contra o irmão. Não será porque a mulher ainda seja tida, inclusive pelo Código, como sexo frágil, pois, justamente nesta categoria de crimes, quem tem mais jeito, mais prática e até mais tradição são, precisamente, mulheres. Mas, como está redigido o dispositivo, devem ficar impunes, talvez porque se considere que isto, nelas, não é crime, mas arte natural ou dever de ofício, que a todos encanta ou pelo menos satisfaz. (NETO, 1985, p. 213)

Por fim, o art. 228 é do crime de favorecimento da prostituição, neste, os comentários não fazem distinção em relação ao gênero, eles defendem que tanto a vítima como o agente pode ser de um ou de outro sexo, no caso, dizem que podem ser ou homem ou mulher.

¹⁷ STJ julga pedido do índio Paulinho Paiakan acusado de estuprar estudante no Pará. **STJ – Superior Tribunal de Justiça**. Brasil, 03 de set. 1999. Arquivo de Notícias. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=65790>. Acesso em: 15 de jan. 2014.

Para os outros, há o do art. 229, é o crime “casa de prostituição”, em que se coloca como crime não a prostituição, mas aquela pessoa que facilita ou provoca a prostituição. O crime do art. 230 é o “rufianismo”, que se trata de tirar provento de prostituição alheia, o crime do art. 231 é o “tráfico de mulheres”, que se refere ao tráfico de mulheres para a prostituição de forma que se o tráfico não for de mulher será outro crime, que não o do art. 231. O crime do art. 233 é o “ato obsceno”, concernente a qualquer ato de natureza imoral que gere constrangimento em quem o assiste, valendo dizer que Neto (1985) chama a atenção para a possibilidade de variação do que vem a ser um ato obsceno. Isto é, ele pode variar, dependendo do lugar e do tempo. O crime do art. 234, o “escrito ou objeto obsceno”, que se trata de outra modalidade do crime anterior.

2. Décadas de 1990 a 2000

a. Das alterações ao Código Penal - Lei nº 8.069 de 13 julho de 1990, Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 e Lei nº 9.281 de 04 de junho 1996

Não é a proposta desta dissertação analisar todos os crimes sexuais a cada nova alteração e nem fazer um exame detalhado de todos os artigos que dispõem sobre os crimes sexuais. O objetivo é analisar as alterações da redação desses crimes sob uma perspectiva de gênero, de forma que o foco são as alterações e não toda a redação dos crimes sexuais.

Em 1990, houve três importantes alterações no Código Penal, uma delas promovida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de julho de 1990, que acrescentou um parágrafo único ao art. 213 do Código Penal, agravando a pena de um terço, quando o estupro fosse contra menor de quatorze anos de idade.

No mesmo ano, a lei de crimes hediondos, Lei nº 8.072 agravou a pena do crime de estupro, e criou uma causa de aumento de pena, quando o crime fosse praticado contra as pessoas nas condições¹⁸ do art. 224 do Código Penal, revogando a alteração anterior, pois estas condições incluem menor de quatorze anos.

Dessa alteração, já se vê uma mudança de percepção no que tange ao requisito mulher do crime de estupro. No comentário da redação anterior, o estupro, quando realizado com menor de 14 anos, não era considerado como conjunção carnal e, geralmente, deveria ser enquadrado em outro tipo penal, pois se entendia que aquela que é menor de 14 e não atingiu

¹⁸ Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze anos); b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Consultar a redação do Código Penal em anexo.

a puberdade não era mulher, então, não poderia haver o crime de estupro, pois este compreende “constranger **mulher...**”. (grifo nosso)

Segue observação de Damásio de Jesus:

Ocorre, porém, que a Lei nº 8.072, de 25 de julho do mesmo ano, ao dispor sobre os crimes hediondos, além de agravar a pena do estupro em seu art. 6º, criou uma causa de aumento de pena (art. 9º), exasperando-a de metade quando praticado o delito contra vítima que se encontra nas condições do art. 224 do CP, alcançando a hipótese de vítima que “não é maior de catorze anos” (alínea *a*). Quando passou a vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente (14-10-1990), criou-se o seguinte problema: ao estupro e ao atentado violento ao pudor contra menos de catorze anos de idade são aplicáveis os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do CP, instituídos pela Lei nº 8.069/90, ou o art. 9º da Lei nº 8.072/90? (DAMÁSIO DE JESUS, 1996, p. 619).

Como se pode perceber por meio dessa citação, a Lei nº 9.281, de 1996, teve como finalidade resolver o dissenso em relação ao aumento de pena dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ao revogar os parágrafos únicos dos art. 213 e 215, que dispunham sobre o aumento de pena quando a ofendida fosse menor de quatorze anos, porém a própria Lei nº 8.072 (dos crimes hediondos) já havia, implicitamente, revogado estes dispositivos.

b. Das decisões judiciais da década de 90

Em relação às decisões, uma do ano de 1991, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que trata de um *habeas corpus* (Habeas-corpus nº 68.704-1, 10 de setembro de 1991) impetrado pelo agente do crime que alegava não haver provas da materialidade do crime, uma vez que dispensaram o exame de corpo de delito, e além disso, argumenta-se que a vítima trabalha em casas de massagem, sendo esta “a profissão mais antiga do mundo”.¹⁹

Em contrapartida, os ministros decidiram pelo indeferimento do *habeas corpus*, pretextando que a prova testemunhal seria o suficiente para fundamentar a condenação e tornar legítima a sentença condenatória, sendo dispensável o exame de corpo de delito, mesmo que a vítima não fosse mais virgem, nem casada ou mãe de filhos. Pode-se considerar que este fato seria um avanço no meio jurídico, no que concerne ao direito das mulheres, pois se, antes, o julgamento das decisões ficavam aprisionadas à exigência da virgindade ou da

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 68.704-1. Brasília, DF, 10 de setembro de 1991. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 de out 1991. p. 206. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

prova (materialidade) pelo exame de corpo de delito, nesta decisão, os ministros não recusaram as provas materiais e não disseram que elas eram dispensáveis, apenas deixaram de ser fundamentais para a decisão e possível condenação, levando em consideração o testemunho dos fatos e, principalmente, da própria vítima.

Na década de 90, o movimento feminista, no Brasil, já tinha passado por vários momentos de sua luta, as mulheres já tinham conquistado o direito ao voto, o conceito de gênero já existia como uma forma de denunciar as desigualdades construídas nas relações entre homens e mulheres, o papel destas passava por um momento de reconstrução, contudo, na lei penal dos crimes sexuais, a redação ainda trazia termos moralistas desta mulher, como “mulher honesta”, “mulher virgem”.

Na próxima decisão²⁰ (Recurso Especial nº 79201, 24 de março de 1997), o teor consistia em configurar se o crime de corrupção de menores seria um crime material, quando se exigia o resultado para configurar o tipo penal, ou se era meramente formal, quando o resultado era irrelevante para a caracterização do crime. Por fim, os ministros decidiram que não interessava se a vítima veio a se corromper mudando sua personalidade após o ato sexual, logo, era um crime formal, pois bastaria que acontecesse a prática do ato sexual para que acontecesse o crime, independente das consequências deste ato. Contudo um dos ministros, em seu voto, interessou-se em saber se a ofendida era uma “boa” e “recatada” moça ou se já era corrompida, pois, neste último caso, não teria como existir o crime de corrupção, por não ser possível corromper o que já está corrompido.

O bem jurídico protegido por esse crime de corrupção de menor tem fundamentação moral, pois não se preocupa em proteger a vítima (criança) e, sim, a sua moral sexual, isto é, não se busca com esse tipo penal, evitar que crianças sofram violência sexual, e, sim, impedir que, com o ato sexual, a (o) menor passe a ter um comportamento sexual desviante que não condiz com a moral, valendo destacar que o sujeito passivo deste crime é o menor, independente do sexo, conforme interpretação dos comentários ao Código Penal.

Em outra decisão²¹ (Habeas-corpus nº 74.342-1, 12 de novembro de 1996), do Supremo Tribunal Federal do ano de 1996, o agente entrou com o pedido de *habeas corpus* alegando que a vítima se casou com terceiro, e este fato excluía a punibilidade em face do art.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 79201. Brasília, DF, 24 de março de 1997. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 74.342-1. Brasília, DF, 12 de novembro de 1996. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 de dez 1996. p. 843. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

107, inciso VII do Código Penal²². Os ministros indeferiram o *habeas corpus* com fundamento em uma questão processual, que a matéria não discutida antes no juízo da primeira instância seria condição prévia para não ser analisada pelo órgão superior do Supremo. Não há, no teor da decisão, nenhuma discussão sobre este art. 107, inciso VII do Código Penal, que é um artigo que não faz parte do capítulo dos crimes sexuais, mas é importante ser mencionado, pois prova que a proteção quanto à violência sexual não visa à tutela da dignidade da pessoa, que, na maioria das vezes, eram as mulheres, e, sim, garantir a moralidade destas perante a sociedade, pois, uma vez que se casassem com um “terceiro”, estaria extinta a punibilidade do crime de estupro.

Os comentários feitos pelo jurista sobre os outros crimes sexuais demonstram uma tímida mudança de pensamento quanto à questão de considerar o marido como sujeito ativo do crime de estupro, porque diferente dos comentários anteriores, assinala que a mulher tem o direito de dispor de seu próprio corpo. Entretanto a discussão não se aprofunda sobre essa questão e, nos comentários feitos aos outros crimes, ainda se reproduzem os julgamentos quanto a proteger a mulher honesta, pois, quando desonesta, não há crime ou “proteger a ordem e disciplina da vida sexual familiar”. (JESUS, 1996, p. 643).

3. Sentenças a partir de 2000

a. Das alterações ao Código Penal de 1940

i. Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001

A próxima alteração no Código Penal aconteceu em 2001, é a Lei nº 10.224 de 15 de maio, que incluiu mais um tipo penal no rol dos crimes sexuais, que é o assédio sexual.

²² Extinção da punibilidade

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

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; [\(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005\)](#)

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real u 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; [\(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005\)](#)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Nesse momento histórico, o movimento feminista, no Brasil, já tinha garantido várias conquistas acompanhadas do respaldo por instituições internacionais, como a ONU. Simultaneamente, o papel da mulher se transformava de forma significativa na nossa sociedade e o conceito de gênero passou a ser mais difundido e estudado pelo meio acadêmico na sociedade brasileira.

Apesar de tudo isso, a redação dos crimes sexuais mantinha-se sem muitas alterações, e estava defasada diante das transformações sociais nas relações de gênero.

Nucci (2002) redige uma nota introdutória, sobre o Título VI do Código Penal “Dos crimes contra os costumes”, antes de iniciar seus comentários para cada crime sexual. Nesta nota, ele critica o uso da terminologia “costume”, por considerar que a sociedade evoluiu e se libertou desses regramentos, de forma que o Código Penal merecia uma reforma.

Nesse sentido, partindo do pensamento de weberiano destacado por Freund (2010), sobre o costume e o direito, e do pensamento de Reale (1996), sobre a moral e o direito, pode-se argumentar que aqueles costumes eram em uma sociedade tradicional, com papéis de gênero bastante definidos, formas de comportamento que deveriam ser asseguradas pelo uso da coerção. Isso fica bem explícito pelo conteúdo das sentenças citadas, pois a proteção jurídica é em relação a tais costumes, de forma a garantir que a sociedade os respeite pelo uso da coerção, quando necessário.

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autentico objeto sexual do homem. (NUCCI, 2002, p. 653)

Para Nucci, a sociedade de antes, assim como os juristas que pensavam sobre a sociedade brasileira à época da entrada em vigor do Código Penal de 1940, considerava a mulher alheia à vida sexual, sendo sempre o objeto e nunca a condutora de seu desejo, motivo pelo qual não seria possível um crime de estupro do homem pela mulher diferente de outros países onde há está incriminação.

Para esse autor a realidade do mundo moderno é outra, e o Código Penal precisava de uma reforma urgente sem extrapolar para o campo moral ou da ética. Assim, ele esclarece que havia em andamento um Anteprojeto de Lei para alterar a redação desses crimes, inclusive a nomenclatura do Título, *Dos crimes contra os costumes*.

Em relação ao crime de estupro cometido por marido, Nucci (2002) defende que este é também sujeito ativo do crime, e que, se há alguma posição contrária, estaria ofendendo a Constituição Federal de 1988 e considerando a esposa como objeto sexual. Não há direito de estupro em uma relação conjugal, há o direito de pedir o término da relação.

É possível dizer, a partir dos comentários de Nucci (2002) sobre o crime de estupro, que, no séc XXI, a maioria dos juristas consideravam um absurdo a posição de alguns pensadores e juristas do direito quanto ao marido estuprar sua esposa não configurar crime de estupro e, sim, o exercício regular de um direito. Contudo não se pode negar as consequências históricas dessa violência sexual ter sido respaldada por lei, fundamentada na desigualdade de gênero, que se transforma em violência e naturaliza-se. Isto explica o fato da violência sexual, no âmbito doméstico e familiar, ser ainda hoje uma realidade na sociedade brasileira.

Esse autor também critica o uso da expressão “mulher honesta”, que aparece na redação de alguns crimes. Para ele, trata-se de uma discriminação, além de ser este requisito um elemento normativo quase impossível de ser definido, de forma que o certo, para Nucci (2002), seria proteger qualquer pessoa e não só a mulher honesta, termos ainda presentes nas redações dos crimes sexuais.

Como já foi destacado, a nova alteração na redação dos crimes sexuais aconteceu em 2001, com a inclusão de mais um tipo penal, o assédio sexual. Neste tipo penal, a intenção do legislador é proteger aquele subordinado (a), em uma relação de emprego, que é constrangido pelo seu superior com propostas sexuais atingindo sua liberdade. No que tange ao gênero, é importante destacar que, nas palavras de Nucci (NUCCI, 2002, p. 667), não há distinção entre os sexos dos sujeitos envolvidos, muito menos se é homossexual ou heterossexual.

O autor faz uma crítica relevante ao comentar o crime de sedução, comentando sobre a importância que se dava à virgindade, e que isso não passa de um estado físico que pode ser alterado, não quer dizer que uma mulher virgem não possa ter experiência em relações sexuais. Além disso, ele argumenta que o preconceito era muito no tratamento em relação aos homens, por não incluí-los, os menores de dezoito anos, como sujeitos passivos do crime de sedução.

A outra crítica que vale reportar é quando Nucci (2002) considera o crime de rapto consensual como o “ápice da desatualização dos costumes que merecem proteção penal” (NUCCI, 2002, p. 679), porque não avalia a mulher como capaz de decidir sobre seu próprio destino, mesmo quando maior de dezoito anos, e esta situação – do “rapto” consensual, que

seria sair de casa para morar com seu namorado ou namorada, no contexto social atual, na opinião do autor, não passaria de algo insignificante ou socialmente adequado.

Isso porque a mulher assume, na sociedade atual, um novo papel, que se diferencia do papel da mulher que tinha como projeto de vida ser boa mãe e boa esposa, além disso, demonstra ter independência para decidir sobre os rumos da sua vida profissional, sexual, amorosa, familiar etc. Ademais, além das mudanças promovidas pelas mulheres, podemos enfatizar a influência do relacionamento puro que Giddens também aponta como uma das causas na transformação da sexualidade, motivo que podemos relacionar ao fato de não passar de algo insignificante, como espera Nucci, a mulher querer morar com seu namorado.

ii. Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005

A próxima alteração na redação dos crimes sexuais foi promovida por meio da Lei nº 11.106/2005, em que se alterou o caput de alguns artigos, revogou outros e acrescentou um tipo penal.

Nos comentários ao Código Penal após estas alterações, Nucci (2005) mantém suas críticas sobre o Título VI “Dos crimes contra os costumes”. Nesta mesma linha, estão Alberto Franco e Tadeu Silva (2007), que defendem que a mudança desse título é essencial e faria com que a tutela penal não impusesse determinado comportamento moral e, sim, a livre disponibilidade sexual do próprio corpo.

Para estes autores (2007), as pessoas podem expressar sua sexualidade de várias formas, já que vivemos em uma sociedade plural e laica, o que não se pode aceitar é a sexualidade exercida por meio de violência ou exploração, pois, nesse caso, há uma lesão à liberdade sexual da pessoa, pois há falta de consensualidade, e isto é que deve ser objeto de consideração da área penal. Outra questão levantada por esses autores é a distinção que a legislação penal faz em relação ao gênero. De todas as obras examinadas até o momento, esta foi a primeira vez que o conceito de gênero aparece nos textos comentados ao Código Penal de 40, ainda assim, de forma descritiva, sem desconstruir binarismos e sem aprofundar na construção teórica e no significado de luta que acompanha este conceito.

Questão de não menor relevo diz respeito à distinção, por gênero, constante da legislação penal vigente no que se refere à violência sexual. O ordenamento penal estabeleceu o tipo do estupro como delito sexual, de conotação violenta, praticado contra a mulher. No entanto quer a mulher, quer o homem, podem ser sujeitos passivos da violência sexual. Equipara-se,

deste modo, a cópula vaginal à cópula anal, que são submetidos a uma idêntica valoração. (FRANCO; SILVA, 2007, p. 1019)

O crime de posse sexual mediante fraude, do artigo 215 do Código Penal de 1940, teve, na sua redação, retirado o termo “honesta”, mas manteve o termo “mulher”, o que, por esta redação, impossibilita que o homem seja vítima (sujeito passivo) desse crime, e somente o homem pode ser agente (sujeito ativo) deste crime. Para Nucci (NUCCI, 2005, p. 789), ao retirar a expressão “honesta”, deixa-se de exigir da mulher um comportamento recatado, o que passa a permitir, por exemplo, que uma prostituta possa ser sujeito passivo desse crime. Contudo ainda há, no tipo penal qualificado desse crime a expressão “mulher virgem”, mas o autor não tece comentários a respeito, ele apenas assevera que se perdeu a oportunidade de substituir o termo “mulher” por “alguém”, o que tornaria possível o homem ser sujeito passivo do crime do art. 215.

De forma diferente do crime do art. 215, a alteração no caput no art. 216 (atentado ao pudor mediante fraude) representou um avanço ao substituir as palavras “mulher honesta” por “alguém”, assim “tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas de atentado ao pudor mediante fraude, independente do seu comportamento no campo sexual”. (NUCCI, 2005, p. 790)

Não se justifica ter alterado tais termos no crime do art. 216 e não ter procedido da mesma forma no art. 215, de modo que se pode deduzir que o legislador pretendeu ser cauteloso, por, talvez, considerar o crime do art. 215 mais grave, já que implica conjunção carnal, ou então, porque alguns juristas interpretavam como sendo este crime possível somente por meio da cópula vaginal, por isso, manteve-se a expressão “mulher”, por só ela poder configurar no polo passivo.

O crime de sedução (antigo artigo 217) e os crimes referentes ao Capítulo III “Do Rapto” (artigos 219, 220, 221, 222) foram todos revogados, porque, na opinião da maioria dos juristas e pensadores do direito, tratava-se de tipos penais defasados em relação à realidade brasileira do século XXI, além de protegerem valores morais como a honra sexual e a virgindade, que consideravam a mulher com discriminação, o que não quer dizer, com a revogação desses crimes, as mulheres deixaram de ser discriminadas na redação dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 e também na sua aplicação.

A outra alteração promovida pela Lei nº 11.106/2005 foi no caput do artigo 226, que estipulava o aumento de pena quando qualquer dos crimes sexuais fosse cometido em determinadas circunstâncias, como na a redação antiga.

Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte:

I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;

II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III – se o agente é casado.²³

A alteração deixou de limitar um teto para o aumento da pena e também revogou o inciso III. O aumento da pena, quando o agente do crime fosse casado, justificava-se pela impossibilidade de ele reparar a honra da vítima pelo casamento.

Acredita-se que a reparação da honra pelo casamento vai de encontro com a dignidade de qualquer pessoa que tenha sido vítima de um crime sexual, é, atualmente, um figura não só ultrapassada em relação ao contexto social da sociedade brasileira do século XXI, como uma afronta aos Direitos Humanos e uma prática de anulação do ser humano, obrigar a vítima a se casar com seu agressor para que sua honra seja reparada.

Assim, em pleno século XXI, não se admite mais deixar de punir pelo posterior matrimônio do agente com a vítima, pois isto não pode mais ser considerado como a solução para a virgindade perdida ou para resgatar a honestidade de moças. (NUCCI, p. 693, 2001).

No Capítulo V “Do Lenocínio e do tráfico de mulheres”, as alterações substituíram a palavra “mulheres” por “pessoas”, além disso, no art. 227 do crime de mediação para servir à lascívia de outrem, substituiu-se o termo “marido” por “cônjuge ou companheiro”. Esta alteração possibilitou que a mulher (cônjuge) também pudesse ser sujeito ativo na forma qualificada descrita no crime, confira-se a redação antiga.

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1.º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda.²⁴

Outras alterações promovidas por essa lei também estão relacionadas ao gênero, no artigo 231, o crime que, antes, era escrito por “tráfico de mulher” passou a ser redigido substituindo a palavra “mulher” por pessoa. Acrescentou-se um novo tipo penal, o artigo 231

²³ BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 de jan. 2014. Consultar anexo.

²⁴ BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 de jan 2014. Consultar anexo.

– A, que é o “tráfico interno de pessoas”, que, na sua redação original, não se apropria de termos que remetem a certa discriminação de gênero.

iii. Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006

A Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, não causou nenhuma alteração na redação dos crimes sexuais do Código Penal de 1940, mas acrescentou no art. 61²⁵ (que dispõe sobre circunstâncias que agravam a pena), uma circunstância que agrava a pena. Assim, não poderia ser, tal lei, ignorada neste trabalho, pois ela estabelece proteção²⁶ exclusiva à mulher que vive em situação de violência doméstica e familiar. A existência de uma lei que é destinada exclusivamente às mulheres, visando protegê-las da violência doméstica é algo recente na legislação brasileira, já que tal legislação possui um histórico de discriminação em relação à mulher. Até o surgimento da Lei Maria da Penha, a violência doméstica não tinha a devida atenção, nem do legislador e nem do Judiciário.

Logo, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representa um marco na legislação nacional, uma vez que reconhece a violência doméstica e familiar contra a mulher como um problema social brasileiro, além de trazer uma análise a partir de uma perspectiva de gênero.

Para configurar o tipo penal violência doméstica e familiar contra a mulher é necessário que a ação ou omissão aconteça na unidade doméstica ou familiar, ou mediante qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor ou agressora conviva ou tenha convivido com a (o) ofendida (o), independentemente de coabitação.

O art. 5º é bem claro, ao dispor sobre o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte,

²⁵ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - a reincidência; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

II - ter o agente cometido o crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; [\(Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006\)](#)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; [...] (grifo nosso)

²⁶ São as medidas protetivas de urgência que podem ser determinadas pelo juiz (a) a depender da situação, uma delas, por exemplo, é o afastamento do agressor (a) do lar e da convivência familiar.

lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, isto no âmbito doméstico, familiar e em qualquer relação íntima de afeto. No parágrafo único, está previsto que tais relações pessoais independem de orientação sexual, o que significa um avanço na legislação brasileira, no que diz respeito aos direitos dos homossexuais.

Cabe questionar como o “gênero” aparece nessa lei, segundo a interpretação de Maria Berenice Dias (2007, p. 34), a lei protege mulheres, sem distinção de orientação sexual quer dizer que tanto as lésbicas, como as travestis, transexuais e transgêneros, que mantenham relação íntima de afeto em ambiente familiar, estão protegidas pela Lei Maria da Penha. Esta é uma perspectiva de gênero que desconstrói preconceitos, binarismo e discursos discriminatórios, contudo não são todos os juristas e pensadores do direito que fazem a mesma interpretação. Além disso, não se pode garantir que as autoridades que estão encarregadas de aplicar a lei possuam essa mesma perspectiva ou desconheçam o significado deste conceito e do passado teórico e de práticas de luta do movimento feminista que o acompanham.

O inciso III do art. 7º dessa lei prevê a violência sexual. Antes dessa lei entrar em vigor, houve resistência por parte dos estudiosos do direito e da jurisprudência em reconhecer a violência sexual como uma das formas de violência contra a mulher, uma vez que se considerava o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, de forma que homem estaria exercendo um direito e não violência sexual nos vínculos familiares.

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

[...]

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

[...] ²⁷

Para a professora Maria Berenice Dias (2007, 49), a lei avança, pois as hipóteses que estão previstas como configuradoras de violência sexual possuem um espectro maior do que as previstas no Código Penal de 40. Ou seja, é um tipo penal aberto que não restringe a realidade ao que está escrito na lei, dando a possibilidade de abarcar acontecimentos diversos

²⁷ BRASIL, Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 16 de jan. 2014.

que podem se enquadrar na Lei Maria da Penha. Além disso, dispõe sobre condutas diversas que podem configurar violência sexual, que não estão previstas na redação dos crimes sexuais do Código Penal de 1940.

iv. Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009

As alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009, na redação dos crimes sexuais, foram muitas, então, colocaremos para serem analisadas aquelas que, sob uma perspectiva de gênero, merecem atenção. Assim, não iremos analisar todas as alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009.

Para Nucci (2013), a Lei nº 12.015/2009 representou uma evolução na legislação penal com mudanças estruturais que levam em consideração as transformações no que concerne à sexualidade. Finalmente, alterou a nomenclatura do Título VI “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, o que já demonstra ser uma mudança significativa, ao buscar a tutela penal para proteger aqueles que são constrangidos em sua liberdade e dignidade, não para proteger os bons costumes e o comportamento sexual adequado e imposto pela sociedade, pois cada um deve ter o direito de usar da sua sexualidade como bem entender, desde que o faça com consentimento e mesmo que isso seja algo imoral ou amoral.

O primeiro crime sexual, o estupro (art. 213), sofreu alterações significativas, compare-se a redação antiga com a atual, respectivamente:

Estupro

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Parágrafo único - Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena - reclusão de quatro a dez anos.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: **Pena** - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.²⁸

A Lei nº 12.015/2009 unificou dois crimes da redação anterior (estupro e atentado violento ao pudor) em uma só figura típica. Além disso, tornou possível que qualquer pessoa possa ser sujeito passivo do crime ao substituir “mulher” por “alguém”.

²⁸ BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul. 3013.

Com essa alteração, o legislador não revogou o crime de atentado violento ao pudor, ele o congregou na figura complementar da expressão “atos libidinosos” do crime de estupro, no qual a conjunção carnal²⁹ passou a ser uma das hipóteses específicas, depois dessa alteração.

É nítido, em comparação com os comentários ao Código Penal de 40 das edições anteriores, que Nucci (2013) trabalha de forma mais aprofundada a questão do sujeito passivo poder ser qualquer pessoa e quando mulher independe de ser recatada, honesta, virgem. Todavia em momento algum deste comentário sobre crime de estupro, ele se utiliza do conceito de gênero. Isso não quer dizer que outros juristas e estudiosos do direito não tenham recorrido a este conceito, já citamos uma decisão do STF e uma obra jurídica (Franco; Silva, 22007) que fazem referência ao gênero.

A alteração provocada pela Lei 12.015/2009 transformou o delito de estupro em crime comum. Há variadas formas de realização e os envolvidos no delito podem ser homem-mulher, mulher-homem, homem-homem ou mulher-mulher. (NUCCI, 2013, p. 906)

Nucci (2013) tratou com mais profundidade, também, a questão da violência quando acontece no âmbito doméstico e familiar, o que torna difícil a comprovação do delito, apesar de, atualmente, considerarem a possibilidade de condenação apenas com a palavra da ofendida relacionada a outros aspectos. Atente-se que já houve uma mudança de postura, pois ver-se-á que, em uma das decisões analisadas, para dar prosseguimento ou não ao Inquérito 2.033-8 de Brasília/DF³⁰, em que o principal argumento dos ministros era de que a palavra da ofendida não constituía instrução probatória mínima para aceitarem a queixa-crime, não se fala nem em condenação, mas, sim, na análise dos requisitos preliminares para admissibilidade da ação penal.

Em relação ao art. 215 do Código Penal, foi alterada a nomenclatura do crime de “posse sexual mediante fraude” para “violência sexual mediante fraude”, o tipo penal foi, substancialmente, modificado, retiraram a palavra “mulher”, e o parágrafo único não mais qualifica o tipo penal pela condição da virgindade, elemento discriminatório e que perdeu a oportunidade de ter sido revogado pela Lei nº 11.106/2005. Comparem-se as redações:

²⁹ Cabe esclarecer sobre o conceito de conjunção carnal, pois é um termo específico que, no Brasil, se faz a interpretação restritiva, a qual admite apenas para ser usado quando se remete à cópula entre pênis e vagina. Contudo a expressão no tipo penal “ato libidinoso” abrange todas as outras formas de libidinagem, por exemplo, a cópula anal. Resumindo é simples questão de terminologia e interpretação.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.033-8. Brasília, DF, 16 de junho de 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 de dez 2004. p. 72 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

Posse Sexual Mediante Fraude

Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Violação Sexual Mediante Fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.³¹

O crime do art. 214 (atentado violento ao pudor) foi revogado pela Lei nº 12.015/2009, isto é, não existe mais esse artigo, mas a conduta que ele prescrevia foi englobada pelo crime de estupro (art. 213). O crime do art. 216 (atentado violento ao pudor mediante fraude) foi revogado, pode-se concluir, implicitamente, que pelos mesmos motivos destacados para a revogação do crime do art. 214. O crime de assédio sexual (art. 216- A) ganhou uma circunstância de causa de aumento da pena, que é quando a vítima for menor de 18 anos.

Vale fazer uma ressalva sobre o crime de assédio sexual, pois o autor a que estamos recorrendo para analisar os comentários sobre o Código Penal de 40 faz sérias críticas a este crime e as manteve na sua última edição, considerando que não deveria ser objeto de tutela penal e, sim, de uma maior punição no campo civil, trabalhista e administrativo.

Essa discussão foi enfrentada na aprovação do projeto de lei desse novo tipo penal (assédio sexual), de autoria da deputada Iara Bernardi (FRANCO; SILVA, 2007), pois o deputado Marcos Rolim considerava este projeto de lei contrário ao Direito Penal mínimo, nesta mesma linha de raciocínio, é a posição de Nucci (2013):

Podemos insistir que, em vez de descriminalização, observamos o fenômeno inverso, consistente no surgimento de mais uma figura típica incriminadora, desconsiderando-se ser o direito penal a *ultima ratio*, ou seja, a última cartada do legislador par a punição de condutas verdadeiramente sérias e comprometedoras da tranquilidade social. Não é o caso do assédio sexual, fruto da importação de normas de outros sistemas legislativos, inadequados à realidade brasileira. (NUCCI, p. 984 2013)

³¹ BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul. 2013.

Conforme a deputada Iara Bernardi, o projeto tornou realidade uma reinvidicação do movimento feminista (FRANCO; SILVA, 2007, p. 1059). Assim, parece-nos que essas críticas à nova figura penal tentam minimizar o delito que faz parte da realidade brasileira da mesma maneira que, há pouco tempo, a violência doméstica era considerada crime de menor potencial ofensivo. É o mesmo equívoco que tem profundas raízes na naturalização da violência assentada nas desigualdades nas relações gênero.

Acrescentou-se um novo tipo penal, o art. 217-A – “Estupro de vulnerável”.

Estupro de Vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância. (vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.³²

A introdução desse artigo teve como finalidade resolver a polêmica em relação à figura da violência presumida, tendo revogado o art. 224³³ do Código Penal de 40. Ver-se-á nas decisões judiciais, a seguir, que um garoto de 19 anos foi condenado, em 2000, porque a menina com quem namorava tinha 13 anos (com aparência de 15 anos), enquadrando-se nas circunstâncias do art. 224, logo, desde que aquele que julga siga a literalidade da lei, presume-se violência do agente, caso o julgador queira levar em consideração outras circunstâncias como, possivelmente, o fato de a adolescente, apesar de contar com 13 anos, tivesse maturidade e discernimento para compreender seus atos, inclusive mantivesse um relacionamento sério com rapaz, neste caso, ele poderia buscar outras alternativas que não a condenação pelo crime de estupro.

Pensa-se que a aplicação literal da lei, sem levar em consideração outras circunstâncias que permeiam cada caso, é ignorar a busca pela justiça, pois nenhum código

³² BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul 3013.

³³ **Presunção de Violência Art. 224** - Presume-se a violência, se a vítima: **a)** não é maior de 14 (catorze) anos; **b)** é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; **c)** não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Consultar anexo.

conterá a previsão perfeita dos inúmeros possíveis fatos da realidade. Assim, cabe ao juiz (a) ter esta sensibilidade e se prestar a ser um transformador e não um mero reproduzidor da lei escrita, pois, dentro do poder que lhe é investido, ele (a) possui uma margem de liberdade para agir sem desrespeitar a lei e com fundamentação de seus argumentos.

A presunção de violência atribuí ao agente – por uma ficção legal – um comportamento violento que não existiu. Essa disposição foi uma inovação do Código de 1940, ao remodelar dispositivo semelhante existente no Código de 1890. (FRANCO; SILVA, 2007, p. 1090)

Diante disso, o art. 217-A determina, independente de violência, a proibição em manter relação sexual com menor de 14 anos.

Apesar da mudança, ainda há polêmica em relação à idade adotada como critério para definir se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa. Para Nucci (2013, p. 990), o legislador da área penal continua retrógrado, uma vez que perdeu a oportunidade e equiparar os conceitos de criança e adolescente com os do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que define a criança como o menor de 12 anos e o adolescente o menos de 14 anos.

O tipo penal do art. 218, que era antes corrupção de menores, foi modificado e deixou de ter essa nomenclatura, além disso, foram acrescentados dois novos tipos penais, o art. 218 – A “satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” e o art. 218 – B “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual do vulnerável”. Limitamo-nos a chamar a atenção para o fato de que os novos tipos penais, até o momento, não apresentam discriminações de gênero em suas reações.

O art. 223, que disciplinava sobre as formas qualificadas de tais crimes, quando da violência resultasse lesão corporal de natureza grave, e o art. 224 que tratava da presunção de violência foram revogados.

O art. 225 modificou o procedimento relativo à Ação Penal para esses crimes, de forma que, quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, é de iniciativa do Ministério Público a ação penal, já os outros delitos dependerão de representação da vítima para a ação penal. Antes, eram ações penais privadas em regra, agora, ou são públicas incondicionadas ou públicas condicionadas à representação, o que demonstra uma atuação maior do Estado para tutelar as vítimas desses crimes por meio da atuação do Ministério Público.

A alteração do art. 228 (favorecimento da prostituição) e do art. 230 (rufianismo) é digna de nota, porque acrescentou em ambos a forma qualificada do parágrafo primeiro, que, da maneira como foi escrita, leva à compreensão de que, geralmente, o agente é homem e

a vítima é mulher, mesmo que se admita, na interpretação que se faz desses crimes, que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa.

Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

§ 1º *Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

[...]

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º *Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

[...] ³⁴ (grifo nosso)

O art. 229 também sofreu modificação na sua redação, deixando de tutelar a moralidade sexual como era na redação antiga e passando a incriminar a exploração sexual. Comparem-se as redações:

Casa de Prostituição

Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em *que ocorra exploração sexual*, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

No que tange a analisar as alterações sob uma perspectiva de gênero, estas são as que merecem destaque em relação a esta dissertação.

³⁴ BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul. 2013.

v. Lei nº 12.650 de 17 de maio de 2012

Esta lei, conhecida como Joanna Maranhão, não altera a redação dos crimes sexuais, contudo altera o art. 111 do Código Penal, dispondo que o prazo prescricional para os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes passará a contar da data em que a vítima completar 18 anos.

Da mesma forma como a Lei nº 11.340/2006 é conhecida como Lei Maria da Penha, por fazer alusão ao histórico de violência doméstica e familiar que esta mulher sofreu e à sua luta por uma mudança de postura da sociedade e dos órgãos públicos em relação a isto, a Lei nº 12.650/2012 é conhecida como Lei Joanna Maranhão, por alusão à história desta nadadora brasileira, que relatou ao público, em 2008, o fato de ter sofrido violência sexual de um ex-treinador, quando tinha nove anos de idade, e que isso afetou a sua vida sexual na idade adulta.

É bastante significativo o fato de essas duas leis levarem os nomes de mulheres por alusão às suas histórias de vida, que possuem relatos de terem passado por situações de violência. Ademais, esta Lei Joanna Maranhão implica uma violência que não somente envolve relações de gênero, como também há o fator de ser ela uma criança.

Essa lei altera o prazo de prescrição para resguardar o direito de tais crianças e adolescentes que não têm coragem de relatar a violência que sofreram, assim, não há contagem do prazo prescricional para evitar que o agente do crime venha a ter a chance de ser extinta a punibilidade com o decurso do tempo.³⁴

b. Das decisões judiciais a partir de 2000

A primeira decisão³⁵ analisada já foi citada neste trabalho, quando se falou sobre estupro de vulnerável e presunção de violência. É um recurso ordinário em *habeas corpus*, em 02 de maio de 2000, que tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF), em que o réu fez várias alegações em sua defesa como o erro de tipo, isto é, erro em relação à idade da vítima

³⁴ SILVEIRA, Marcelo PS. Impressões iniciais da Lei nº 12.650/2012. Nova contagem do prazo prescricional para os crimes contra a dignidade sexual praticados contra crianças e adolescentes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3318, 1 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22334>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

Lei Joanna Maranhão: aprovada prorrogação de prazo para prescrição de crime sexual. **Agência Estado**. Recife, 30 de set 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22334>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 79.788-1. Brasília, DF, 02 de mai. de 2000. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 de ago. 2000. p. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

(ele disse que desconhecia ser ela menor de 14 anos)³⁶, disse que a ofendida tinha uma vida desregrada e que casou com terceiro, fato que exclui a punibilidade do crime.

Apesar de essa decisão ser de 02 de maio de 2000, os fundamentos dos Ministros que rejeitaram o recurso foram no sentido de reproduzir ainda as discriminações em relação à mulher, por exemplo, eles rejeitam a excludente de punibilidade (casamento com terceiro) não por ser um dispositivo ultrapassado, mas porque o réu alegou esse fato após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, não o fez no momento processual certo.

Todavia, apesar de ter sido voto vencido, o Ministro Marco Aurélio concedeu a ordem por defender que a figura da presunção de violência não se coaduna com o Direito Penal Moderno e com a Constituição Federal de 1988. Além disso, declarou que, pelos fatos, não havia dúvidas de que a ofendida matinha um namoro com o réu e que só levou ao conhecimento de sua mãe o que ocorreu, porque estava com raiva quando aquele declarou que iria se casar com outra.

Para fundamentar sua decisão, o Ministro Marco Aurélio citou a conclusão do Procurador de justiça sobre o caso, que é no sentido de que o Código Penal de 40 está defasado em relação ao mundo atual, de forma que se deve levar em consideração as profundas transformações em matéria da sexualidade e que a tutela penal deve se limitar a proteger a liberdade sexual, qual seja, a faculdade de cada pessoa autodeterminar-se quanto à sexualidade. O Procurador de Justiça se coloca diante desta realidade e da responsabilidade em opinar a respeito do futuro do réu, (que, àquela época, tinha 19 anos) que tinha contra ele uma pena tão elevada (09 anos). Em suas palavras:

Em sã consciência, não estou de acordo que se puna com nove anos de reclusão um jovem de dezenove anos, por prática de uma conduta absolutamente usual e costumeira nos dias de hoje em qualquer canto da terra, simplesmente porque o CP de 1940, lá do início do mundo, está a determinar.³⁷

O Ministro Marco Aurélio conclui dizendo que, diante de uma legislação enrijecida que não acompanha a evolução dos costumes, cabe ao intérprete da lei o papel de flexibilizá-la, tornando o texto normativo adequado à sociedade.

³⁶ Nestes casos há a configuração de violência presumida.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 79.788-1. Brasília, DF, 02 de mai. de 2000. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 de ago. 2000. p. 142. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

Acredita-se que os argumentos do Procurador de Justiça e do Ministro Marco Aurélio são válidos. A presunção de violência ora poderia se encaixar em uma discriminação em relação à jovem mulher, quanto à sua liberdade de escolha sobre sua vida sexual, pois há meninas que possuem menos de 14 anos e têm certa maturidade, assim como pode ser, realmente, uma forma de proteger crianças ou pré-adolescentes que, nessa condição, estão mais vulneráveis a qualquer tipo de crime. Contudo acredita-se que os juízes (as) ou ministros (as) que forem decidir sobre um caso assim, devem analisar as circunstâncias que extrapolam a escrita da lei para buscar a justiça, pois, nem sempre, seguir literalmente e aplicar a lei é ser justo, ressalvando que não se pode também ir contra o que está disposto ou decidir sem fundamentação alguma, apenas buscar ser justo interpretando a lei para cada caso com suas particularidades.

A outra decisão de data de 17 de dezembro de 2004 é interessante para este estudo por vários motivos: a) é um caso que envolve o crime de assédio sexual recentemente acrescentado ao Código Penal; b) é uma decisão que conta com mais de 150 páginas com longos pareceres dos ministros, que fazem referência ao conceito de gênero, talvez, pela primeira vez, em uma decisão do STF; c) é um caso que envolve a queixa-crime de uma funcionária do STJ contra o Ministro Paulo Medina; d) por se tratar de um tipo penal novo, até os próprios ministros se declaram diante de uma experiência nova a ser amadurecida.

O caso se resume no fato dessa funcionária ter sofrido certas importunações, indiretas e atitudes estranhas por parte do Ministro Paulo Medina, fato que relatou com detalhes na peça inicial, deixando claro que o transtorno em relação a coisas que aconteciam de forma que ela teve um problema de saúde, com um quadro de depressão moderada.

Antes de iniciar a análise sobre essa decisão, é importante fazer uma ressalva sobre a linguagem jurídica e a importância que se fundamenta “letra” da lei para algumas interpretações. Não é sempre que há consenso entre os estudiosos do Direito sobre algumas palavras, conceitos, terminologias escritas nos tipos penais, e isso se torna motivo para longas discussões, abrindo precedentes para a aplicação da norma.

Nesse novo crime, o assédio sexual, o dissenso se estabelece em relação ao verbo “constranger”, pois este verbo aparece em outro tipo penal, o do art. 146 do Código Penal – “Constrangimento ilegal”, que, na sua redação, prescreve que o ato de constranger implica o uso de violência ou grave ameaça. E isso motivou interpretações diversas sobre o mesmo verbo “constranger” em relação ao crime de assédio sexual, pois alguns interpretam que, para ocorrer o assédio sexual, o constrangimento deve apresentar violência ou grave ameaça, e

outros interpretam que o verbo “constranger” no que tange ao assédio sexual não exigir a violência ou grave ameaça.

Sendo assim, ao se defender das acusações, o querelado, então Ministro Paulo Medina, fundamenta-se na atipicidade da conduta de assédio sexual, por aproveitar-se do precedente sobre a dúvida em relação ao conceito do verbo núcleo do tipo penal, o verbo “constranger”.

Art. 216-A. *Constranger* alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.³⁸ (grifo nosso)

Nucci (2002) concorda com a defesa, ao alertar para o fato de que falta um complemento ao verbo constranger no crime de assédio sexual, para que se possa interpretá-lo como um constrangimento ilegal específico, isto é, sem violência ou grave ameaça, mas com a intenção de forçar a vítima a fazer algo que a lei não determina ou a deixar de fazer algo que ela permite em troca de favores sexuais.

O querelado, ainda em sua defesa, alegou falta de provas por parte da querelante, explicando que não basta a simples narrativa dos fatos, de forma que não existe um suporte mínimo de prova para imputação do crime na petição inicial.

Novamente, Nucci (2002, p. 667) faz uma crítica a esse novo tipo penal, pois acredita que sua margem de aplicação seria diminuta, quando não fosse geradora de erros judiciários pela grande dificuldade e complexidade de provar a existência dos fatos.

Em seguida, o Procurador Geral da República apresenta seu parecer, defendendo que o verbo constranger, no crime de assédio sexual, possui outra dimensão, basta que haja um grau de desconforto e a vítima se sinta importunada. Logo, ele se pronunciou pelo recebimento da queixa-crime.

O Ministro relator do processo, Nelson Jobim, alegou que considerava inconsistentes os elementos trazidos na inicial, e que não se configurou, a seu ver, um constrangimento social gravíssimo para o cidadão, não devendo o judiciário prestar o processo penal para virtuais desavenças.

O ministro Carlos Brito pediu que a Ministra Ellen Gracie fizesse seu pronunciamento antes dele, por acreditar que a condição feminina poderia estar em

³⁸ BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 de jul. 3013.

juízo, e, sendo ela uma expoente da feminilidade brasileira, poderia antecipar seu voto. A cautela desse Ministro em se pronunciar depois da ministra Ellen se deu porque ela é uma mulher, e a situação de direito a ser analisada envolvia uma relação de poder baseada na hierarquia funcional, mas, principalmente, uma relação de poder fundamentada no gênero.³⁹

A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Celso de Mello foram os que fizeram os pareceres mais longos. Aquela falou detalhadamente sobre a experiência jurídica desse crime (assedio sexual) nos Estados Unidos, e com bem menos detalhes citou sobre o movimento feminista, citou Freud e Shopenhauer, os Direitos Humanos das Mulheres, sobre a subnotificação desse tipo de delito e a dificuldade em caracterizá-lo, e, essencialmente, falou sobre o conceito de gênero, mas não o abordou como um conceito que desconstrói identidades fixas e binarismos, tanto é que, na sua citação, ela se remete aos “gêneros” para se referir a homens e mulheres. Não diferentemente fez o Ministro Celso em seu voto, de forma que se pode concluir que há uma superficialidade ao abordar o gênero que não extrapola e aprofunda na teoria e nas práticas que este termo remete ao longo da história.

... passou-se à construção de uma compreensão de sociedade em que homens e mulheres possam desenvolver suas potencialidades em regime de complementaridade e cooperação, sem que a um dos gêneros se atribua uma situação subalterna incompatível com a dignidade humana.⁴⁰

O Ministro Celso de Mello também falou sobre o movimento feminista e seu legítimo direito de conquista do exercício de múltiplos papéis, ele cita sobre a evolução na abordagem das questões de gênero, sem se aprofundar. Discorreu sobre as transformações que marcaram a década de 60, sobre as Conferências realizadas ao redor do mundo, para eliminar todas as formas de violência contra a mulher no âmbito privado e público; falou sobre o assédio e as intimidações sexuais no trabalho, sobre a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade. A forma como o conceito de gênero aparece no voto do deste ministro parece muito conectada às primeiras teorias feministas, que interpretavam o gênero como sinônimo de mulher, apesar de ele não mencionar isso. Em seu voto, o ministro fez um apanhado histórico sobre a discriminação e subjugação da mulher, citando o gênero, algumas vezes, e o argumento em sua defesa, mas em momento algum aborda este conceito como uma concepção relacional ou uma construção social, histórica e

³⁹ Cabe ainda destacar que é um caso singular, pois as partes envolvidas fazem parte do mesmo ambiente de trabalho dos Ministros do STF, de forma que se isso influenciou nos votos não há como averiguar.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2.033-8. Brasília, DF, 16 de junho de 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 de dez 2004. p. 72 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 de jul. 2012.

social, na qual se fundamenta a desigualdade, além disso, não fala, e não rompe, por meio do emprego desse gênero, com os binarismos.

Todavia, ao final de cada parecer, tanto a Ministra Ellen Gracie como o Ministro Celso de Mello acompanharam o voto do relator e rejeitaram a queixa crime, por defenderem que não houve, na peça inicial, as condições preliminares para admissibilidade da ação penal, ou seja, a queixa crime não estava instruída de documentos probatórios mínimos.

A maioria dos outros ministros votaram por rejeitar a queixa-crime, seguindo a mesma motivação da instrução probatória mínima, menos o Ministro Marco Aurélio, que também atribuiu ao verbo *constranger* outra dimensão que não necessariamente implicasse violência ou grave ameaça. Para ele, esse verbo (*constranger*) é sinônimo de tolher a liberdade, de importunar, forçar. De forma irônica, o ministro Marco Aurélio perguntou como exigir testemunhas que presenciaram o assédio, uma vez que ninguém assedia na presença de outros. Em suas palavras, “verifica-se o assédio de forma dissimulada, na reserva de certo ambiente, entre quatro paredes, presentes apenas o agente – aquele que assedia – e a vítima.”

41

Para esse ministro, é irrelevante o fato de as testemunhas arroladas pela querelante não terem presenciado os acontecimentos, pois se deve dar importância à palavra da vítima. Por fim, o seu voto é pelo recebimento da queixa para que se dê a chance à querelante de provar os fatos que alega, ele dedica seu voto à Constituição Federal, pois acredita que a contempla quando a lei dispõe que não se deve afastar do judiciário lesão ou ameaça de direito.

Das decisões analisadas, pela primeira vez, aparece o conceito de gênero, e foi no parecer da Ministra Ellen Gracie, que rejeitou um *habeas corpus*⁴² de um crime de estupro. Na decisão, a ministra faz uma referência ao CLADEM - Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher e ao Núcleo de Estudo da Universidade de São Paulo, destacando a violência sexual como uma das formas de violência de gênero e como um fenômeno praticamente universal. Todavia a decisão é de 2002, o que significa demora para este conceito ser abordado por tais ministros que atuam como intérpretes da lei.

As outras duas decisões, a partir da década de 2010, são menos complexas que a anterior e tratam de dois pedidos de *habeas corpus* denegados. Uma da data de 15 de maio de 2012, referente aos crimes de rufianismo, manutenção de casa de prostituição e submissão de

⁴¹ Idem.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.360-7 Brasília, DF, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 de jul. 2013.

menor à exploração sexual, mas o que nos chama a atenção é que é a primeira vez em que uma mulher aparece como agente, de todas as decisões analisadas neste estudo. A segunda decisão é de 07 de fevereiro de 2013 e se refere a um menor que cometeu ato infracional, equiparado a estupro, contra outros três menores, duas meninas de 5 e 13 anos, e um menino de 8 anos, contudo nada a complementar na análise desta última a partir da leitura dos votos que se concentraram em decidir sobre qual pena aplicar ao menor.

Cabe lembrar que as decisões judiciais foram escolhidas aleatoriamente pelo site do STF e STJ, por meio da pesquisa, a partir de palavras-chave, de forma que apenas em uma decisão aparece o conceito de gênero trabalhado nesta dissertação. A questão da sexualidade e das transformações que a envolvem já foram objeto de mais de uma decisão e também das obras empregadas para pesquisar os comentários ao Código Penal de 40.

Nessa única decisão em que se faz referência ao gênero, dois ministros tratam de temas relacionados como violência, os direitos humanos, o movimento feminista. O Ministro Celso de Mello chega a comentar que a tutela se dá em relação à liberdade sexual, independente se o sujeito ativo ou passivo é mulher, homem, ou homossexual, isto é, independente do gênero. Entretanto, mesmo diante da demonstração de conhecimento e a busca por todo um referencial teórico para abordar sobre a luta do movimento feminista e das transformações no papel da mulher, estes ministros decidiram pela rejeição da queixa-crime, com o argumento técnico de que não havia provas suficientes para prosseguir. Diante disso, cabe abrir um parêntese e questionar se outros fatores corporativistas não influenciaram nos votos dos ministros.

É uma questão que merece cautela o aspecto de, em pleno século XXI, como inúmeros trabalhos acadêmicos a respeito do conceito de gênero e da violência de gênero, o fato da sociedade ter sofrido uma significativa transformação em relação ao papel da mulher e no que tange à sexualidade, ainda assim, este conceito ter aparecido em apenas duas decisões judiciais do órgão superior da hierarquia do Poder Judiciário, onde há mais de uma cabeça pensante.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido em duas decisões, as quais se considera que fundamentou com propriedade e consciência das transformações no contexto social tanto da sociedade quanto do Direito, momento em que ele próprio defende que é dever do aplicador da lei, interpretá-la sob a luz da Constituição Federal e não sob um texto normativo enrijecido que, até a poucos anos, representava os crimes sexuais do Código de 40.

Neste trabalho, a proposta foi acompanhar as alterações na redação dos crimes sexuais do Código Penal de 1940 e compreendê-las sob uma perspectiva sociológica fundamentada no conceito de gênero.

Para a análise final dessas alterações, foi imprescindível um trabalho bibliográfico anterior que proporcionasse uma base teórica para se pensar o Direito/direito como um fenômeno social e a construção do conceito de gênero e das transformações em relação à sexualidade, assim como o contexto histórico social do movimento feminista na sociedade brasileira.

Além da pesquisa bibliográfica, fez-se, também, uma pesquisa a todas as leis que promoveram alteração na redação dos crimes sexuais. Feita essa relação das alterações, elas foram estudadas a partir de obras jurídicas que trazem comentários sobre Código Penal de 1940, com o objetivo de compreender a transformação do pensamento no âmbito do direito sob uma perspectiva de gênero.

A outra etapa, da pesquisa documental, foi o estudo de algumas decisões proferidas por órgãos superiores na hierarquia do Poder Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal (STF), desde a década de 40. Para isso, foram selecionadas aleatoriamente, para cada década, duas decisões judiciais disponíveis no site do STF, que tivessem como conteúdo algum crime sexual para analisar, de acordo com as alterações na redação do Código Penal e com o próprio contexto social da sociedade brasileira, diante das transformações que ocorreram nas relações de gênero e na própria categoria da sexualidade.

Na pesquisa bibliográfica, dedicou-se em trabalhar conceitos que contribuíssem para a análise comparativa das redações das alterações no Código Penal de 40 com as decisões judiciais, de maneira que, para isso, foi imprescindível recorrer aos estudiosos da sociologia jurídica, da filosofia do direito, além de trabalhar o conceito de Direito/direito como um fenômeno histórico, social e cultural, e o conceito de crime sob uma perspectiva sociológica e jurídica.

Ainda assim, por se tratar de um estudo que tem como objeto os crimes sexuais, para compreendê-los sob uma perspectiva de gênero, preocupou-se em fazer uma revisão teórica sobre a construção desse conceito e demonstrar como ele está diretamente relacionado à luta do movimento feminista, como uma forma de denunciar uma desigualdade histórica, social e culturalmente construída nas relações de gênero. Além de ser um conceito diretamente relacionado à categoria da sexualidade que, da mesma maneira, é uma construção social, por isso, sofreu modificações ao longo da história, independente do contexto social que

se esteja analisado. Fato é que o estudo sobre a sexualidade foi indispensável para compreender as alterações dos crimes sexuais no Código Penal de 40 sob uma perspectiva de gênero.

Para analisar esses crimes sob essa perspectiva, também, buscou-se rever a história do movimento feminista no Brasil e como e quando a sexualidade aparece como uma reivindicação, ou uma mudança de postura, ou uma transformação do papel da mulher para associar isto às modificações realizadas no Código Penal de 40. Até que ponto o tratamento jurídico reproduz discriminações ou atua como transformador social? Pensar como se processa a adequação da norma jurídica ao complexo de valores e complexo de fatos da convivência social, tendo como premissa o Direito como um fenômeno histórico?

De todos os teóricos que foram estudados, ficou demonstrado que o Direito/direito é um fenômeno social, ou um fato social na concepção durkheimiana, ou uma experiência de um fenômeno universal conforme Reale, mas, principalmente, e o que é importante a ser destacado para a conclusão desta dissertação, ficou fundamentado que o Direito/direito, apesar de ser positivado, seja qual sentido atribua a este termo entre inúmeros que foi exposto, ele não é algo imutável.

Assim, o Direito/direito se transforma e se modifica ao longo da história, ele tem vida a partir do momento em que tem vigência e eficácia, ele se adapta quando se concretiza nas circunstâncias do contexto social e cultural, e sua vida se realiza a partir da sua aplicação e interpretação pelos advogados, juízes, e demais operadores da lei.

Não foi diferente com as normas que dispõem sobre os crimes sexuais, elas sofreram alteração com o decurso do tempo, fruto das transformações na sociedade brasileira, do papel da mulher, e da própria sexualidade. Contudo não se pode assegurar que essas transformações foram consequência direta da luta do movimento feminista no Brasil e da consolidação do conceito de gênero, para explicar a desigualdade como uma construção social histórica e cultural nas relações sociais.

Em outras palavras, as modificações na redação dos crimes sexuais foram consequência também desses fatores, mas não de forma direta e imediata, como uma reivindicação pontual, como na luta do movimento feminista pelo direito ao voto, tanto é que a primeira modificação na redação desses crimes, que eram declaradamente discriminatórios, só aconteceu após quase 50 anos da vigência do Código Penal de 1940, e, ainda assim, não foi uma alteração que tivesse a finalidade de eliminar os conteúdos que discriminavam e reforçavam a desigualdade na relação entre homem e mulher.

Na década de 90, quando ocorreu a primeira modificação na redação dos crimes sexuais, o movimento feminista no Brasil já tinha concretizado várias conquistas, com vários grupos e núcleos de estudo no meio acadêmico sobre o gênero. Apesar disso, de todas as obras jurídicas estudadas (que faziam comentários ao Código Penal), apenas uma mencionou o conceito de gênero. De todas as decisões judiciais que foram analisadas neste trabalho e proferidas em conjunto pelos ministros do STF, apenas em duas houve referência ao conceito de gênero, de forma que a postura desses intérpretes do Direito/direito, em seus pareceres, no que concerne aos crimes analisados foram muito mais conformistas e menos capazes de promover transformações que adequassem a norma às circunstâncias de fato e valores vigentes.

Tanto é que, das decisões analisadas, a referência ao conceito de gênero e a temas relacionados, como a violência de gênero, o movimento feminista, os direitos humanos da mulher só foram mencionadas em sentenças a partir do ano 2000, ou seja, o tratamento jurídico sob uma perspectiva de gênero agiu menos como um transformador do que como um reprodutor das desigualdades nas relações de gênero no que diz respeito aos crimes sexuais.

A mulher aparece na redação original do Código Penal de 1940 como vítima em quase todos os tipos penais, isso levou o jurista Nucci (2013) a defender que as alterações promovidas em 2009 corrigiram uma discriminação em relação ao homem.

Ele não está errado em sua afirmação, mas da forma como a expôs, a impressão que passa é de que o Código Penal 2009 corrigiu uma discriminação em relação ao homem por proteger apenas a mulher dos crimes sexuais. Todavia a tutela penal dos crimes sexuais, na década de 40, não se colocava em relação ao bem jurídico da liberdade sexual da mulher e, sim, porque se pretendia a proteção dos valores morais e, ao mesmo tempo, impor determinado comportamento sexual adequado. Este tratamento jurídico dos crimes sexuais em relação à mulher se explica pela desigualdade gênero e respalda a violência de gênero que, atualmente, vem sendo combatida.

Sendo assim, a redação original dos crimes sexuais, ao proteger a moral e os bons costumes para impor determinado comportamento sexual, discriminava o homem, mas, sobretudo, discriminava a mulher, porque o fato de ela aparecer em quase todos os tipos penais, como sujeito passivo, reforçava a concepção de que esta mulher não tinha capacidade e autodeterminação para decidir sobre sua vida sexual, mesmo quando consensual. Além disso, o gênero é um conceito que implica uma concepção relacional, por isso, adequado para compreender esses dispositivos. Diante dos diversos trabalhos acadêmicos que abordam esse conceito e do fato dos juristas ante as decisões e obras jurídicas analisadas não terem

recorrido a esses trabalhos para fundamentarem suas decisões, reforça a ideia de que as mudanças no âmbito jurídico, no que se refere às desigualdades de gênero, são lentas, e os juízes e ministros atuam mais como reprodutores de uma ordem desigual ao que como elementos de superação dessa mesma ordem.

Por fim, as alterações na redação dos crimes sexuais foram influenciadas pelas transformações do contexto social, mas, por meio de um processo lento, de forma que é mais perceptível uma adequação tardia das normas que disciplinam os crimes sexuais às circunstâncias sociais e não o inverso, ou seja, não se observou que algumas dessas alterações provocaram ou influenciaram alguma mudança de postura no contexto social.

Pode-se assegurar que as últimas alterações promovidas na redação dos crimes sexuais, a do ano de 2005 e, principalmente, a do ano de 2009, assim como o tipo penal trazido pela Lei Maria da Penha e a própria lei compreendem um avanço no que se refere ao tratamento jurídico das relações de gênero e ao próprio uso deste conceito, para abordar a desigualdade e a discriminação na relação entre homem e mulher. Avanço no sentido de tornarem-se vigentes e com isso, poderem tornar-se eficazes, influenciando no meio social. Ao se tornarem vigentes elas substituíram artigos que mantinham um tratamento discriminatório que corroborava as desigualdades de gênero. Contudo, lembrando o pensamento de Reale (1999), de nada adianta a vigência formal sem que norma tenha atingido seu momento da eficácia para, realmente, ser considerada juridicamente positiva.

As decisões analisadas, proferidas pelos órgãos colegiados, representaram mais uma reprodução das desigualdades que se expressavam nos tipos penais defasados do Código de 40 do que posturas inovadoras e transformadoras, salvo os votos vencidos de um único ministro. Em alguns pontos polêmicos, como, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹, pode-se concluir que as decisões respaldam conquistas já consolidadas na realidade social, mas, uma vez que proferem tais decisões, inevitavelmente, agem como transformadoras influenciando neste mesmo contexto social.

Todo este trabalho demonstra que, mesmo que lentamente, a tendência da sociedade e do Direito/direito, ao menos no que se refere às relações de gênero, segue em transformações positivas contrárias e no sentido de combater a desigualdade e as consequências diversas, que resultam dela, como, por exemplo, a violência. Todavia ainda há poucos que insistem em reproduzir tais discriminações, como foi o recente caso da atriz

¹ Recentemente o STF extinguiu ação do Partido Social Cristão, que se posicionou contra a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, a qual determina que os cartórios não se recusem a realizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <http://www.jornalggn.com.br/blog/stf-reafirma-direito-ao-casamento-civil-entre-pessoas-do-mesmo-sexo> Acesso em: 29 de jul. de 2013.

brasileira Luana Piovani, em que o juiz anulou a ação de agressão contra seu ex-namorado, por fundamentar que ela não está abrangida pela Lei Maria da Penha por não estar enquadrada na condição de vulnerável.²

As alterações na redação dos crimes sexuais podem significar mais uma adequação do direito ao fato do que um avanço, partindo do pressuposto de que a alteração mais significativa se deu apenas em 2009. Da mesma forma, o conceito de gênero foi citado apenas em duas decisões até o momento desta pesquisa e de forma descritiva, sem uma análise que buscasse desconstruir barreiras ou identidades fixas, como os binarismos.

Assim, mesmo que tardiamente, não se defende a ideia de que essas alterações sejam um retrocesso, elas são uma apropriação das normas, do Direito às transformações que aconteceram na sociedade brasileira, da década de 40 até os dias de hoje.

Partindo da teoria de Reale (1999), de que não basta que uma norma seja vigente, é importante que ela também tenha seu momento de eficácia. As alterações promovidas trouxeram novas tipificações penais, tornaram-se vigente, assim, cabe às autoridades, aos aplicadores do direito, e não somente eles, cabe à própria sociedade garantir a sua eficácia. Ou seja, cabe questionar de que maneira estes crimes estão sendo punidos, quais são as circunstâncias que predominam nos julgamentos, se no teor destes consta algum avanço no que tange a uma discussão não meramente descrita sobre gênero.

Fatos como o citado anteriormente, da atriz Luana Piovani, demonstram que, nem sempre, a vigência garante a eficácia, ela apenas a possibilita, o que não quer dizer que não houve “avanço”, pois tais decisões não são maioria, prova disso é fato de serem manchete.

² Justiça anula condenação de Dado Dolabella por agressão a Luana Piovani. **Correio do Estado**. Brasil, 05 de jul. de 2013. Entretenimento. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/noticias/justica-anula-condenacao-de-dado-dolabella-por-agressao-a-lu_187078/> Acesso em: 29 de julho de 2013.

AGUIAR, N.; GAVILANES, H. A. Patriarcado e Gênero na análise sociológica do fenômeno da violência conjugal/gênero. In: SOUZA, M. F. (org.). **Desigualdade de gênero no Brasil: novas idéias e práticas antigas**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010. p. 91-110.

ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. In: DE MORAES, M. L. Q. e ALVES, R. **Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2002.

AMORIM, Aluizio Batista. **Elementos de Sociologia do direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001.

BRANDAO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BUENO, Paulo Amador. **Notícia histórica do Direito Penal no Brasil**. In: História do Direito Brasileiro. (Org.) Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Atlas, 2010.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra. Moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

CORREA Mariza, **Morte em Família**, Rio de Janeiro: Graal, 1983.

_____. **Crimes da paixão**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

DE BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DURKHEIM, É. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. _____. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de Metodologia**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, E. S. Entre Fios e Tramas – A ampliação da violência denunciada. In: SOUZA, M. F. (org.). **Desigualdade de gênero no Brasil: novas idéias e práticas antigas**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010. p. 111-125.

FLAX, Jane. Pós-modernismo e relações de gênero na teoria feminista. In: HOLLANDA. H. B. **Pós-modernismo e política**. Rio de Janeiro: Rocco. 1991.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

FREUND, Julien. **A sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

HARDING, Sandra. **A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista**. Florianópolis: Estudos Feministas, 1993.

IZUMINO, W. P. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. In: DE MORAES, M. L. Q. e ALVES, R. **Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2002. p. 107-114.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMA, Telma Cristina Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Rev. Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. esp., p. 37-45, 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1030/5742>>. Acesso em: 11 set. 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MOUFFE, Chantal. **Feminismo, cidadania e política democrática radical**. *Feminists theorize the Political*. ed. Judith Butler and Joan W. Scott. Rontledge. 1992. Tradução: Hortensia Moreno.

NETO, Francisco Antonio Gomes. **Novo Código Penal Brasileiro Comentado**. v. 3. São Paulo: Brasiliense, 1985.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ODÁLIA, N. **O que é violência?** São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 9-24.

PANDJIARJIAN, Valéria. In: DE MORAES, M. L. Q. e ALVES, R. **Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2002.

PATEMAN, Carole. **Feminism and Participatory Democracy**. St. Louis, 1986. p. 24.

PEDRO, Joana Maria. O feminismo de “segunda onda”. In: PINSKY, Carla Bassanezi.; PEDRO, Joana Maria. (Org.). **Nova História das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2012.

PIERUCCI, Antonio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: Editora 34, 1999.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardência Monteiro de. **Um toque de clássicos – Marx, Durkheim, Weber**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

RASSI, J. D. GRECO, A. O. P. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo:

ROXIN, Claus et al. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAFFIOTI, H. I. B. Posfácio: Conceituando o gênero. In: SAFFIOTI, H. I. B. e MUÑOZ-VARGAS, M. (orgs.). **Mulher brasileira é assim**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1994.

_____. **Violência contra a mulher e violência doméstica**. In: BRUSCHINI, C.; UNBEHAUN, S. Editora 34, 2002.

SCOTT, Ana Silvia. O caleidoscópio dos arranjos familiares. In: PINSKY, Carla Bassanezi.; PEDRO, Joana Maria. (Org.). **Nova História das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2012.

SCOTT, Joan. **Gênero. “Uma categoria útil de análise histórica.”** In: Educação e Realidade. Porto Alegre, n. 16, julho/dezembro de 1990.

_____. **A invisibilidade da experiência**. São Paulo: Revista Projeto História 16, 1998.

SHILLING, F. A discriminação de gênero e as diversas formas de violência contra a mulher. In: DE MORAES, M. L. Q. e ALVES, R. **Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência**. São Paulo: Editora da UNICAMP, 2002. p. 57-64.

STOCO, R. ; FRANCO, Alberto Silva ; DIX SILVA, Tadeu Antonio et al;. Dos crimes contra a Dignidade sexual. In: Rui Stoco; Alberto Silva Franco. (Org.). **Código Penal e sua Interpretação**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUÁREZ, M.; BANDEIRA, L. A politização da violência contra a mulher e o fortalecimento da cidadania. In: BRUSCHINI, C.; UNBEHAUM, S. (orgs.) **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas e Editora 34, 2002. 46 SUÁREZ; BANDEIRA, 2002.

THOMPSON, E.P. The Poverty of Theory of na Orrery of Errors. **The Poverty of Theory and Other Essays**. New York, 1978.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia e outros escritos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. Classe, Estamento, Partido. In: **Ensaio de sociologia**. (orgs) Gerth & Mills Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

_____. **Economia e sociedade**. São Paulo: Editora UNB, 2004.

ANEXO A- Código Penal de 1940 – redação dos crimes sexuais e suas alterações

TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~Estupro — Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: — Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) — Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996) — Pena - reclusão, de três a oito anos. — Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)~~

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~**Atentado violento ao pudor** — (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena - reclusão de três a nove anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990) (Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)~~

~~Pena - reclusão de dois a sete anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~**Posse sexual mediante fraude** — Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: — Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena - reclusão, de um a três anos. — Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: — Pena - reclusão, de dois a seis anos.~~

Violação sexual mediante fraude (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~Atentado ao pudor mediante fraude~~ (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

~~Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena - reclusão, de um a dois anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Parágrafo único - Se a ofendida é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena - reclusão, de dois a quatro anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

Assédio sexual (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função." (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO II DA SEDUÇÃO E DA CORRUPÇÃO DE MENORES

CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~**Sedução** (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena - reclusão, de dois a quatro anos. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Corrupção de menores

~~Art. 218 – Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de um a quatro anos.~~

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.” (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no **caput** deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~CAPÍTULO III DO RAPTO~~ ~~(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

~~**Rapto violento ou mediante fraude** (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 219 — Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena — reclusão, de dois a quatro anos. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) **Rapto consensual** (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 220 — Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento: (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena — detenção, de um a três anos. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) **Diminuição de pena** (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 221 — É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitue à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) **Concurso de rapto e outro crime** (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 222 — Se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES GERAIS

~~**Formas qualificadas** (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Art. 223 — Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena — reclusão, de quatro a doze anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena — reclusão, de oito a doze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Parágrafo único — Se do fato resulta a morte: (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena — reclusão, de oito a vinte anos. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Pena — reclusão, de doze a vinte e cinco anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990) (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

~~**Presunção de violência** (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — Art. 224 — Presume-se a violência, se a vítima: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — a) não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) — c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)~~

Ação penal

~~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.~~

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Aumento de pena

~~Art. 226 — A pena é aumentada de quarta parte: — I — se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; — II — se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;~~

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

III - se o agente é casado. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE MULHERES

~~**CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS**~~ (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - Se a vítima é maior de catorze e menor de dezoito anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

~~**Favorecimento da prostituição** — Art. 228 — Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone: — Pena — reclusão, de dois a cinco anos. — § 1º — Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior: — Pena — reclusão, de três a oito anos.~~

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Casa de prostituição

~~Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:~~

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

~~§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: — Pena - reclusão, de três a seis anos, além da multa. — § 2º - Se há emprego de violência ou grave ameaça: — Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.~~

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~**Tráfico de mulheres-** Art. 231 - Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro: — Pena - reclusão, de três a oito anos.~~

~~**Tráfico internacional de pessoas** (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a~~

~~prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — § 1º — Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: — Pena — reclusão, de quatro a dez anos. — Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — § 2º — Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência. — § 2º — Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) — § 3º — Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) — Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

~~Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) — Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005) — Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

~~Art. 232 - Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224.~~ (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009)

CAPÍTULO VI DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

Ato obsceno

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 234-C. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

ANEXO B – Trechos de decisão do STF da década de 40

Habeas-corpus nº 35.329. Brasília, DF, 23 de abril de 1948

845 Seção de Jurisprudência

23-4-58

Aud. de Publ. de 8 1/10 1958

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS Nº 35.329 - D. FEDERAL*- Sursis - Crime de sedução - Recusa da concessão do sursis legal. -*

EMENTA - Habeas corpus - Crime de sedução - Sursis denegado - Não se concede "sursis" a réu condenado por crime de sedução e que, injustificadamente, se recusa a reparar o mal.

00360030
03490350
03291000
00000160

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Petição de Habeas Corpus nº 35.329, do Distrito Federal, em que é Paciente José Carlos Daniel da Costa :

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, indeferir o pedido, pelo voto da maioria, de acôrdo com as notas taquigráficas nos autos.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1958.

O. Novato

PRESIDENTE

Lampião Costa

RELATOR *p/º*
acordar

646

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23-4-58

MOAB

TRIBUNAL PLENO

H A B E A S - C O R P U S N.º 35.329 - Dist. Federal.

RELATOR - O Sr. Ministro Lafayette de Andrada.

PACIENTE - José Carlos Daniel da Costa.

00360030
03490350
03292000
00000200R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LAFAYETTE DE ANDRADA: - Senhor Presidente, o paciente, na inicial, declara que se encontra recolhido á Penitenciária em virtude de sentença que o condenou como incurso no artigo 217 do Código Penal. Tendo apelado, a decisão foi confirmada, pelo Tribunal de Justiça.

Dá o habeas-corpus, alegando que, em casos idênticos, o Supremo Tribunal tem concedido o remédio jurídico, no sentido da suspensão da pena, por meio do "sursis".

Solicitadas informações, vieram as seguintes: l.ºr fls. 8.

O Tribunal de Justiça negou o "sursis" neste acórdão:

" Crime de sedução - "sursis" - réu no -

847

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HC/ 35.329

- 2 -

" menor - A recusa do réu em não querer reparar o mal, revela possuir personalidade, não só se admitindo essa recusa, em casos excepciona-
líssimos . "

Heuve um voto vencido, do Senhor Desembargador Florêncio de Matos, nestes termos:

" Vencido, deferindo a petição de fls. 65, concedia, ao condenado "sursis", prazo de 3 anos, pagas as costas em 6 mses, sendo as demais cominações impostas na 20a. Vara Criminal.

Trata-se de acusado primário (fls. 27), nascido do dia 27 de maio de 1937 (fls. 68), - tendo, portanto, quando foi condenado, pela sentença de fls. 45, em 25 de abril de 1957, menos de 21 anos, até na data da prolação do acórdão de fls. 63.

O subaequem matrimonium nas delicta carnis não é, per se, impedimento absoluto para a denegação de sua prisão condicional da pena.

Não autoriza o indeferimento do "sursis" o fato de se recusar o acusado a casar com a ofendida, o que pode ter por base a persistência negativa da autoria do crime, o conhecimento de defeitos graves da vítima ou até por mal entendido brío do acusado" (Ac. un. da 2a. Câmara do T. J. do Dist. Federal, de 11-7-46, no Habeas-corpus n. 3.576, - relator D. s. Eurico Paixão - In "Rev. For." - v. 109, pág. - 2211.

018

TRIBUNAL FEDERAL

HC/ 35.329

- 3 -

" Esse acórdão colhi-o a esmo, em "Repertório de Jurisprudência" dr. Percy Ara-
do Miranda.

Condicionar, obrigatoriamente, a con-
cessão de sursis, nos delicta carnis, ao sub-
sequer matrimonium do acusado com a vítima,
é proclamar, urbis et orbe, a sua inexisten-
cia, in crime de sedução. "

Como se vê, o voto vencido concedia a
suspensão da pena, por se tratar de acusado menor e pri-
mário.

É o relatório.

V O T O

O meu voto é concedendo o habeas-cor-
pus, de conformidade com os meus pronunciamentos anterio-
res, por se tratar de réu menor e primário, cabendo ao
juiz impôr as condições que julgar necessárias, a re-
gozo do benefício do "sursis".

* * *

348

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HC/ 35.329

- 3 -

00360030
03490350
03293000
00940310

" Esse acórdão colhi-o a esmo, em "Repertório de Jurisprudência" dr. Darcy Amado Miranda.

Condicionar, obrigatoriamente, a concessão de sursis, nos delicta carnis, ao subsequen matrimonium do acusado com a vítima, é proclamar, urbis et orbe, a sua inexistência, in crime de sedução. "

Como se vê, o voto vencido concedia a suspensão da pena, por ser tratar de acusado menor e primário.

É o relatório.

VOTO

O meu voto é concedendo o habeas-corpus, de conformidade com os meus pronunciamentos anteriores, por se tratar de réu menor e primário, sabendo ao juiz impôr as condições que julgar necessárias, para o gozo do benefício do "sursis".

* * *

849

23. 4. 1958

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

0/1/8

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 35.329 - DISTRITO FEDERAL

00360030
03490350
03293010
01500410V O T O

O SR MINISTRO SAMPAIO COSTA - Sr. Presidente, con-
cedo a ordem, nos termos do voto do Sr. Min. Relator.

- - -

850

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23-4-58

IX

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N° 35.329 - Distrito Federal

V O T O

00360030
03490350
03293020
01430540

O SENHOR MINISTRO AFRANIO ANTONIO DA COSTA:- Senhor Presidente, dá-se venia do eminente Relator, indefiro o pedido, ante os fundamentos da decisão condenatória, que não deixa dúvidas quanto à não reunir o paciente as condições para obter o "sursis".

851

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23.4.58

MF/

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 35.329 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

00360030
03490350
03293030
01040690

O SENHOR MINISTRO VILAS BOAS :- Senhor Presidente,
vou acompanhar o voto do senhor Ministro-Relator, cono-
dando a ordem, porque a reparação a que alude o artigo
diz respeito à reparação pecuniária e não à reparação -
que resulta em extinção da pena.

Quanto aos antecedentes, devem constar da
sentença.

852

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
23.4.1958

MMFM/

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 35.329 - DISTRITO FEDERAL

V O T O00360030
03490350
03293040
01010700

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA - Senhor Presidente, quero, mais uma vez, defender o meu ponto de vista no sentido de que não é possível, na espécie, a concessão do benefício de suspensão condicional da pena. Se uma das condições de revogação de "sursis" é a não reparação do dano, quando o condenado pode fazer face a isso, não se compreende que seja beneficiário do favor legal aquêle que, injustificadamente, se recusa, de ante-mão, a reparar o dano. O dano tanto pode ser patrimonial como outro qualquer que atinja o bem jurídico de que se trata. No caso, o bem jurídico lesado foi a honra sexual de uma jovem, e o paciente se nega a reparar o dano pelo meio específico, que é o casamento, sem que para tal atitude tenha qualquer razão. Acresce que, por medida de política criminal, a lei declara extinta a punibilidade, nos crimes sexuais, quando se segue o casamento do ofensor com a ofendida. Ora, concedendo-se na espécie o "sursis", o condenado não terá interesse algum em casar com a ofendida, que, deixada à sua própria sorte, ao invés de se tornar uma mãe de família, pode degradar-se até a prostituição. Se o réu não tem economia própria, ou se a ofendida já se casou com outro indivíduo ou se recusa a ser desposada pelo réu, em tais casos não há por que

853

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

H.C. nº 35.329

- 2 -

se deixar de conceder o "sursis"; mas quando o réu, sem motivo algum razoável se nega ao casamento, o "sursis" lhe seria um prêmio inmerecido.

Além do mais, não basta, para obtenção do "sursis", na hipótese do art. 30, § 3º, do Código Penal, que o criminoso seja primário. É também indispensável o requisito de não apresentar periculosidade, ou, seja, a probabilidade de voltar a delinquir.

No caso, a acórdão reconhece que, através dos autos, se verifica o péssimo caráter do paciente. O juiz teve dele a pior impressão, deixando isso consignado nos autos. Chegou mesmo a dizer que o acusado é o tipo do "sedutor barato", no sentido de sedutor vulgar.

Assim, qualquor que seja o aspecto sob que se encare a questão, não é possível conceder o "sursis".

Deixa vossa do boníssimo coração do senhor Ministro-Relator, a que sempre pratico a minha conhecida homenagem, denego a ordem.

*

* *

854

23. 4. 1958

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

0/0/3

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 85.529 - DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO00360030
03490350
03293050
01500830

O SR. MINISTRO SAMPAIO COSTA - Sr. Presidente, ouvi atentamente as ponderações aduzidas pelo Sr. Min. Nelson Hungria, que me levou a reconsiderar o voto que preferi, pela concessão da ordem, e o faço agora para negar o sumis.

Assim sendo, retifico o meu voto, para negar a ordem.

- - -

055

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

25.4.1958

MF/

TRIBUNAL PLENO

H A M B A S C O R P U S N.º 35.579 - DISTRITO FEDERALV O T O00360030
03490350
03293060
00980970

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLAGHI :- Senhor Pre
sidente, nego a ordem, por falta ao paciente o re
quisito do artigo 57, n.º 2, do Código Penal.

+ + + + +

056

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23.4.1958

/

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS n.º 35.329 - DISTRITO FEDERALV O T O00360030
03490350
03293070
00871070

O SENHOR MINISTRA BARROS BARRETO : Senhor Presidente, também, deogo a ordem, face ao elemento esclarecedor apresentado pelo eminente Ministro Luis Gallotti.

+ + + + +

857

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

23.4.58
LCH.

TRIBUNAL PLENO

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS Nº 35.529 - D.Federal

PACIENTE - JOSÉ CARLOS DANIEL DA COSTA

- DECISÃO -00360030
03490350
03294000
00001170

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:
CONTRA O VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR, INDEFERIRAM O PE
HDC.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Crosimbo Nonato
da Silva.

Tomaram parte no julgamento, os Exmos. Srs. Minis-
tros Lafayette de Andrada (Relator), Sampaio Costa (sub-
stituto de Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, que se -
acha em gozo de licença), Afrânio Costa (substituto do
Exmo. Sr. Ministro Rocha Lagoa, que se encontra em exer-
cício no Tribunal Superior Eleitoral), Villas Boas, Cân-
dido Motta, Ary Franco, Nelson Hungria, Luiz Gallotti,
Hahnemann Guimarães e Barros Barreto.

HUGO MÓSCA
Vice-Diretor Interino

ANEXO C – Trechos de decisão do STF da década de 50

Habeas-corpus nº 32.035. Brasília, DF, 04 de junho de 1952

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MDD

- 512

Revi x b.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 32.035 - São Paulo

EMENTA -Crime de estupro; o subsequente casamento da ofendida com terceiro não extingue a punibilidade, nem faz cessar a legitimidade do Ministério Público para a ação penal; iniciada mediante representação.

ACORDÃO

00104010
04190320
00351000
00000190

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de habeas corpus nº 32.035, em que é recorrente Gustavo Ferreira Filho, acorda o Supremo Tribunal Federal, unanimemente, negar provimento ao dito recurso, ut notas taquigráficas que precedem e são integrantes da presente decisão. Custas ex-lege.

Distrito Federal, 11 de junho de 1952.

- (a) José Linhares - presidente
- (a) Nelson Hungria -relator

513

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
14-5-1952
mhdt

TRIBUNAL PLENO

RECURSO DE HABEAS-CORPUS Nº 32.035 - SÃO PAULO

RELATOR - O SR. MINISTRO NELSON HUNGRIA
 RECORRENTE - Gustavo Ferreira Filho
 RECORRIDO - Tribunal de Justiça de São Paulo

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO NELSON HUNGRIA - Em favor de Gustavo Ferreira Filho, condenado na comarca de Santos, a 4 anos de reclusão, por crime de estupro de uma menor, foi impetrado "habeas corpus" do Tribunal de Justiça estadual, alegando-se que, tendo sobrevindo o casamento da ofendida com terceiro, já não podia subsistir a representação feita pela mãe da menor, pois outro passara a ser o titular de representação legal desta, isto é, o marido, que não ratificou o ato condicionante da processabilidade, nem mesmo se sabendo se persistiu o estado de miserabilidade que, no caso, torna pública a ação privada. Foi denegado o "habeas corpus", e daí o presente recurso, em que se reeditam os mesmos argumentos.

É o relatório.

V O T O

Não é ilegal a coação que está sofrendo o recorrente. O que há na sua argumentação é uma série de equívocos. A miserabilidade da vítima do crime sexual, como condição da ação pública, é referida à época em que esta é intentada e nada tem a ver com o seu ulterior casamento com outro que não o seu ofensor. Desde que averiguada a dita condição de publicidade da ação, e oferecida a representação, que é irretratável depois

00104010
 04190320
 00352000
 00000220

513

MO TRIBUNAL FEDERAL
14-6-1952
mbdt

TRIBUNAL PLENO

RECURSO DE HABEAS-CORPUS Nº 32.035 - SÃO PAULO

RELATOR - O SR. MINISTRO NELSON HUNGRIA
RECORRENTE - Gustavo Ferreira Filho
RECORRIDO - Tribunal de Justiça de São Paulo

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO NELSON HUNGRIA - Em favor de Gustavo Ferreira Filho, condenado na comarca de Santos, a 4 anos de reclusão, por crime de estupro de uma menor foi impetrado "habeas corpus" ao Tribunal de Justiça estadual, alegando-se que, sendo sobrevindo o casamento da ofendida com terceiro, já não podia subsistir a representação feita pela mãe da menor, pois outro passara a ser o titular de representação legal desta, isto é, o marido, que não ratificou o ato condicionante da processabilidade, nem mesmo se sabendo se persistiu o estado de miserabilidade que, no caso, torna pública a ação privada. Foi denegado o "habeas corpus", e daí o presente recurso, em que se reeditam os mesmos argumentos.

É o relatório.

V O T O

Não é ilegal a coação que está ocorrendo o recorrente. O que há na sua argumentação é uma série de equívocos. A miserabilidade da vítima de crime sexual, como condição da ação pública, é referida à época em que esta é intentada e nada tem a ver com o seu ulterior casamento com outrem que não o seu ofensor. De modo que averiguada a dita condição de publicidade da ação, e oferecida a representação, que é irretrazível depois

00104010
04190320
00353000
01010300

H.C. 32.035-SP.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

de iniciada a ação, nenhum fato ulterior, modificativo da situação econômica ou jurídica da ofendida, para cessar a competência ou legitimidade do Ministério Público. A mudança de representante legal da ofendida não produz a metamorfose da ação pública em ação privada, nem o prosseguimento daquela fica subordinada à continuidade da condição de miserabilidade. Decidir o contrário levará a consequências intoleráveis. Estaria, por exemplo, criado livre ensaio aos "bestas de ferro", em benefício e goáudio dos satiros financeiramente aptos a fazer calar exorupulos. Nem mesmo seria necessário esse recurso. Bastaria que o autor do crime fizesse certa doação à ofendida, para que, deixando esta de ser miserável, cessasse a ação penal. Não há dizer-se que, casada a ofendida, o Ministério Público deixa de ter o seu representante legal, que passa a ser o marido. No exercício da ação pública, o M.P. não é representante legal da ofendida, mas da sociedade ou do Estado. Não se trata, no caso, de ação privada que o M.P. promove em substituição à parte ofendida, mas de ação pública autêntica, conceitualmente tal. Nem se diga que, com o prosseguimento da ação, vai-se manter o strepitus fori em torno do lar que se forma. O escândalo já se produziu com a propositura da ação, e o objetivo sentimental de poupar vexames a esse lar não pode sobrelevar o interesse social, que é o de punir um afrontoso delinquente e evitar que outros lhe imitem o exemplo, seguros da impunidade que lhes proporcionará o arranjo do casamento da ofendida com terceiro. Aquelas que, de lege facienda, defendem ponto de vista contrário, abstraem elementares considerações de política criminal. Como quer que seja, porém, temos de julgar a espécie de acordo com a lei, tal como são, e não como de

H.C.32.035-SP.

- 515 - 3 -

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

via soar. O art. 108, VIII, do Código Penal é ineludível: Somente extingue a punibilidade o subsequente casamento da ofendida com o próprio agente do crime.

Invoca o impetrante a crítica que Aloisio de Carvalho ("Comentários ao Código Penal", vol.IV) faz ao critério legal, mas é esse mesmo comentador que assim se pronuncia: "Pelo enunciado do inciso legal, o casamento que exclue a penalidade é o do ofensor, não o de outra pessoa. Durante meio século de vigência do Código anterior, a questão esteve controversa, na doutrina e no seio dos tribunais. O dispositivo atual não permite dúvida: extingue-se a punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida, é o seu texto". Incensurável é o acórdão recorrido. Dê-se a ordem.

+ + +

4-6-1952

TRIBUNAL FEDERAL

J.M.

516

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 32.035 - SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO AFRANIO ANTONIO DA COSTA : -

Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator,
negando provimento ao recurso.

- - - - -

00104010
04190320
00353010
01430410

- 518

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

4. Junho. 1952

LSC

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 32.035 - S. PAULO

RECORRENTE: Gustavo Ferreira Filho.

RECORRIDO: Tribunal de Justiça de São Paulo.

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

ADIADO POR TER PEDIDO VISTA O SR. MINISTRO ABNER DE VA CONCELLOS,
DEPOIS DE TEREM VOTADO OS SRS. MINISTROS RELATOR E AFFANLCOSTA,
NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Deixaram de comparecer, por se acharem em gôso de
licença, os Exmos. Srs. Ministros Hahnemann Guimarães e Rigard
Costa, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. Mi-
nistros Abner de Vasconcelos e Afranio Costa.



Subsecretário.

11-6-1952

RMS

TRIBUNAL PLENO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

519

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 32.035 - S. PAULO

RELATOR : O Sr. Ministro NELSON HUNGRIA

RECORRENTE : Gustavo Ferreira Filho

RECORRIDO : Tribunal de Justiça - SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO ABNER DE VASCONCELOS : Sr. Presidente: Apesar do brilhante e fundamentado voto proferido pelo eminente Ministro Nelson Hungria, que é uma das mais altas expressões que o nosso direito penal ostenta, - quis fazer uma cuidadosa revisão do assunto à luz da doutrina moderna. Quis ver se era possível consiliar a lei nova com o meu pensamento jurídico e de poder aplicá-lo a uma situação social relevante.

O problema da menor ofendida em sua honra cujo crime é levado à Justiça, por intermédio do Ministério Público, dada a circunstância da miserabilidade, e que, por um evento feliz, na desgraça da vítima, vem esta a casar-se com uma terceira pessoa, que esquece o passado e constroeu o seu lar, - esse problema sempre constituiu para mim uma delicada cogitação em matéria penal. Cheguei nesse sentido a ^{coordenar} ~~elaborar~~ uma bibliografia para um trabalho doutrinário, ao tempo em que os labores de juiz me permitiam esporádicos e ~~acadêmicos~~ ^{acadêmicos} ensaios jurídicos.

00104010
04190320
00353030
01420640

R. E. S. n° 32.035

- 2 - 520

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não podia render-me à opinião dominante, segundo a qual a intervenção do órgão da justiça pública, na iniciativa da ação penal, torna irretratável a queixa. É a presunção consequente, de que o delito adquiriu a feição de escarater público, que não mais pode perder.

Ac dogma jurídico assim formulado por força de dedução, com apoio na lei e nas afirmações dos julgados, eu vislumbrava, como maior poder de afirmação de justiça e de fundamento moral e social, a necessidade imperiosa de deixar em paz, envolta no silêncio do processo, reduzido a cinzas para que não se perpetuasse a mulher que, perdendo a honra, fosse levantada pela benevolência e pelo desprendimento de um terceiro.

A movimentação do processo que a envolveu, a publicidade da apuração das provas e dos debates de julgamento, dramatiza a cicatriz moral que a rebalçou e reflete-se inevitavelmente na tranquilidade do novo lar, necessidade de esquecimento para se estabilizar e poder ser feliz.

A qualidade do delito sexual é sempre privada e só por exceção a iniciativa da repressão afasta-se da sua origem. Nos casos tornados públicos pela queixa da parte, a desistência da ação e o perdão são formas de extinção da punibilidade. O crime incorpora-se à consciência social, mas a ofensa, sendo de ordem privada, é a conveniência particular que deve deliberar a respeito.

Pelo fato de ter sido o Ministério Público, por causa da circunstância eventual da pobreza da vítima, quem movimentou o processo, - a natureza do crime não perde a sua particularidade específica, nem fica despojado do sentido moral que o acompanha. Por isso nun-

R. H. C. n° 32.035

- 3 -

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

521

ca o meu espírito pode aderir à concepção jurídica vencedora, de que o processo, iniciado pelo M.P. desligasse completamente dos interesses da parte. Para a definição dos direitos que deviam acompanhar sempre a prejudicada pessoa da vítima, não era para influir o argumento da possível deturpação dos fatos, qual o de poder o casamento com terceiro ser produto de conluio com o delinquente, afim de afastá-lo da imposição da pena.

O efeito mau que uma lei porventura possa produzir, não deve prejudicar os benefícios elevados que lhe são inerentes.

Foi com estes propósitos que peeli vista dos autos. Revi o material doutrinário e persisti na convicção do pensamento defensor dos princípios que me parecem acompanhar a organização social da família. Entretanto, os preceitos da legislação penal vigente permanecem acentuadamente inflexíveis em deixar, sem amparo moral na sociedade, a vítima do crime de honra que se casou com terceiro. O direito ao sossego do lar e ao esquecimento do passado o legislador lhe recusa. A lei não permite interpretação diferente. Digo-o com pesar, mas não convencido do seu acerto.

Os arts. 108, n° VIII, do Cod. Penal e 25 do Cod. de Proc. Penal cirtam ao Poder judiciário a faculdade de interpretá-los com o fim de salvar o princípio profundamente humano e legitimamente social de não perturbar a consolidação do lar formado sôbre a chaga da ofensa à honra.

Com esta minha ressalva, Sr. Presidente, acompanho a conclusão do voto do eminente Ministro relator.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

11. junho. 1952

L88

TRIBUNAL PLENO

522

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 32.035 - SÃO PAULO

RECORRENTE: Gustavo Ferreira Filho.

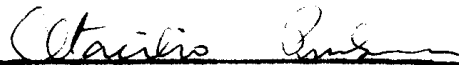
RECORRIDO: Tribunal de Justiça de S. Paulo.

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO, UNANIMEMENTE.

Deixaram de comparecer, por se acharem em gozo de licença, os Srs. Ministros Hahnemann Guimarães e Edgard Costa, sendo substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Abner de Vasconcelos e Afranio Costa.



Subsecretário.

00104010
04190320
00354000
00000700

ANEXO D – Trechos de decisão do STF da década de 60

Habeas-corpus nº 45.958. Brasília, DF, 10 de setembro de 1968

Seção de Jurisprudência

Aud. de Publ. de 11/12/1968

10.9.68

Maria Elisa

4899

HABEAS CORPUS Nº 45.958 - GR

(Comunidade Curua)

Paciente : Guaracy de Souza Alvimira

Impetrante : Sírio Cunha e outro

*Quixa -
Apresentação
Justiça do país*

RESENDA: - CONJUNÇÃO DE MENOR. - I. A queixa pode ser apresentada por irmã da vítima, na ausência dos pais domiciliados no Brasil.

II. Conjunção carnal, sem violência, com mulher, que já não era virgem, segundo suas iustas declarações, não constitui crime de estupro, nem de conjunção de menor.

00751130
03490450
09581000
00000150

DECISÃO

Vistos e relatados estes autos de Habeas Corpus nº 45.958, do Estado da Guanabara, em que é paciente Guaracy de Souza Alvimira, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, conceder a ordem, por falta de justa causa, à unanimidade, de acordo com as notas juntas.

Distrito Federal, 10 de setembro de 1968.

- Evandro Lins e Silva - Presidente -

- Afionar Baleeiro - Relator -

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10.9.68

Justino

4900

HABEAS CORPUS N. 15.958 - EB

(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Aloysius Balseiro
 Paciente: Guaracy de Souza Oliveira
 Impetrantes: Símão Cunha e outro

00751130
 03490450
 09582000
 00000290

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALOYSIUS BALSEIRO - TO impetra-
 trado em favor da paciente, condenado a 1 ano e 3 meses,
 pelo crime do art. 218 do C. Pen. (corrupção de menores).
 Alega o impetrante nulidade do processo decorrente do
 não cumprimento de art. 35 do C. Pr. Pen., e, quanto ao mé-
 rito, diz que não pode subsistir a r. sentença de 1ª ins-
 tância, pois, segundo próprio depoimento da vítima, esta
 já era corrompida e estava fora do alcance da tutela pe-
 nal. Transcreve textos expressivos desses depoimentos em
 que a vítima aduzta anteriores experiências sexuais.

2. A f. 19-25, informações prestadas pelo ex-
 nente Presidente do Tribunal de Justiça da Guanabara, que
 transcreve a sentença de 1ª instância e o v. acórdão da-
 quela eg. Corte no habeas corpus anteriormente impetrado
 pelo paciente.

É o relatório.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HC n. 45.958 - GB

2.

4901

00751130
03490450
09583000
01130300

V O T O

O SR. MINISTRO ALICEAR BALESTRO (Relator)

- Tenho como irrelevante a alegada nulidade do processo porque a representação foi oferecida não pelos pais da menor, mas por irmã casada, sem assistência do marido. Assim ocorreu, nos autos, mas a jurisprudência do S.T.F. por vâzes admitia que a queixa pode ser dada por parentes colaterais e até pela pessoa em cuja guarda permanecia a vítima.

II. Mas o caso oferece outro aspecto digno de ponderação. A queixa foi apresentada à Polícia da Guanabara, em 14.11.1963, tendo a queixosa declarado que soubera do fato em 31 de julho daquele ano (f. 7). O exame médico foi procedido em 7.10.63, tendo a vítima declarado aos peritos que dera à luz um filho do paciente em 6.9.63.

A menor reiteradamente afirmou ao Dr. Juiz, em dois depoimentos, que três anos antes de romance com o acusado, mantivera relações sexuais com dois rapazes no Espírito Santo. Todavia acusa o paciente de ser pai da criança, a qual d'êle não recebia qualquer auxílio. Faz-se cavale de batalha do testemunho do marido da irmã, suspeito por amizade íntima.

III. Ora, a r. sentença do f. 10, pesando essas declarações, atribui à vítima o propósito de defen-

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HC n. 45.958 - GB

3.

4902

der o réu, na esperança de obter amparo para o filho havido de obra d'ela. Adiante, a mesma r. decisão, conclui que "há dúvida quanto à virgindade da vítima, embora seja muito provável que ela era virgem e procura, apenas, favorecer o réu; essa dúvida, entretanto, deve favorecer o réu". Inclinou-se o honrado magistrado para a corrente doutrinária que aceita a existência da corrupção de menor de 18 anos já deflorada, se não é depravada. Eu próprio já pensei assim.

IV. Em tais circunstâncias, penso que não deve prevalecer a condenação, porque, data venia, a sentença não está fundamentada, como quer o C.Pr.Civ. Pelos seus próprios termos, chega-se à conclusão de não haver prova suficiente para a condenação (C.Pr.Civ., 386, VI).

V. O S.T.F. já tem decidido que "a cópula normal com mulher, que não é considerada virgem, não constitui crime de defloramento, nem de corrupção". Lembro o voto do eminente Ministro Gonçalves, em caso idêntico, no acórdão unânime do HC 42.252, de 23.6.65, na R.T.J., 34/119:

"Voto: O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator): - O meu voto é concedendo a ordem porque, ao cabo de contas, o réu foi chamado a Juízo para se defender de um defloramento; o Juiz não encontrou provas da virgindade da menor, admitindo que a menor não fôsse virgem e condenou o réu por outro crime. A conclusão,

4903

a meu ver, deveria ser a absolvição do réu, pois a cópula normal com mulher que não é virgem não é crime.

Não praticou o acusado atos de libidinagem; não corrompeu a inocência da menor por outros meios, por outros atos que não fôsse a cópula carnal. O réu, com efeito, teve relação sexual com uma menor que não era virgem. E o Juiz, no processo, fez referência a que vários amigos do réu tentaram seduzi-la. Acrente que esses factos se passaram num meio adiantado, numa Capital, no Rio de Janeiro, não foi no interior, em que as mãos são mais recatadas; nas grandes cidades, as mãos conhecem mais os honras e melhor se defendem.

O paciente não cometeu crime. Fornicatio simplex de jure...

Concedo a ordem." (P. 123)

No mesmo sentido, já se pronunciou esta 2ª turma quando concedeu o HI n. 44.000, em 4.4.57, relatado e assinado pelo eminente Ministro Guimarães.

VI. Concedo a ordem nos termos pedidos.

ANEXO E – Trechos de decisão do STF da década de 70

Habeas-corpus nº 56.089-0. Brasília, DF, 25 de abril de 1978



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

S. T. F.
SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA

Audiência de: 17 MAI 1978
 DJ de: 19 MAI 1978
 Total de acórdãos: 79

27

25.04.78

SEGUNDA TURMA

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 56.089-0SÃO PAULO

RECORRENTE : HELIO SILVA DOS SANTOS

RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

01096010
 04190560
 00891000
 00000110

EMENTA:- Estupro. Exame pericial. A conjunção carnal com mulher que não é virgem, mediante violência ou grave ameaça, é crime que pode não deixar vestígios do ato sexual. Fez-se, entretanto, exame pericial das lesões resultantes da tentativa de homicídio, que, no caso, são vestígios comuns a ambos os delitos, o de tentativa de morte e o de estupro. A revisão criminal só é admissível quando a decisão recorrida não encontra apoio algum na prova dos autos. REU conhecido como pedido originário e indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido como originário, mas indeferi-lo.

Brasília, 25 de abril de 1978

DJACI FALCÃO - PRESIDENTE

CORDEIRO GUERRA - RELATOR

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

272

25.04.78

SEGUNDA TURMA

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 56.089-0 - SÃO PAULO

RELATOR : O SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA
 RECORRENTE : HELIO SILVA DOS SANTOS
 RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

01096010
 04190560
 00892000
 00000250

O SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA:- A
 douta Procuradoria-Geral da República, por seu ilustre 4º
 Subprocurador-Geral, Francisco de Assis Toledo, assim re-
 sume e aprecia a espécie:

"1. O E. Tribunal de Justiça não co-
 nheceu do pedido por considerar-se autoridade co-
 atora, eis que, por duas vezes, confirmou a sen-
 tença condenatória: uma, em apelação criminal (a-
 córdão de f. 47/49), outra em pedido de revisão
 (acórdão de f. 53/56).

Não é, pois, caso de recurso, mas de
 pedido originário, razão pela qual, preliminar-
 mente, opinamos no sentido de assim ser conheci-
 do.

2. Todavia, uma vez conhecido, somos
 pela denegação do pedido.

O Tribunal de Juri julgou provado o
 delito de estupro, em concurso material com o de
 tentativa de homicídio, e fê-lo bem, visto como
 o Eg. Tribunal de Justiça, em três oportunidades
 (acórdão de f. 47/48, acórdão de f. 43/44 e acór-
 dão de f. 53/56), chegara a idêntica conclusão.

3. Destacamos do último aresto - o
 proferido no pedido de revisão - o seguinte tópi-



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 56.089-0-SP

278

2

pico:

".....
 O v. acórdão da Egrégia Terceira Câmara Criminal, que apreciou as apelações interpostas do primeiro julgamento, em que o peticionário fora absolvido do delito de estupro, já expressava que esse resultado fora adotado em descoberto atrito com a prova.
 O convencimento quanto a esse detalhe tem, em verdade, quase todo seu apoio nas declarações da ofendida, no inquérito e em juízo. Porque o peticionário, recém-chegado da Bahia, se agastara com a vítima, porque esta ou uma sua filha tivesse, em tom de brincadeira, posto em dúvida sua masculinidade, resolveu vingar-se. Escondeu-se à margem de um caminho pelo qual sabia deveria a vítima passar logo cedo ao seguir para seu trabalho na roça e, vendo-a desacompanhada, atacou-a ferozmente. Apunhalou-a. Ela começou a fugir e ele derrubou-a, passando-lhe uma rasteira. Arrastou-a para o matalgal, deu-lhe outros golpes com sua faca e possuiu-a, abandonando-a ao perceber que estava prestes a morrer. Confessou sempre a prática do crime contra a vida e, com a mesma insistência, negou o contacto sexual. À sua negativa, contrapõe-se a vítima, toda vez aludindo seguramente ao estupro. Ora, entre as duas versões, optaram os jurados pela da ofendida, que lhes terá parecido mais consetânea com a



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 56.089-0-SP

273

3

verdade, com mais forte carga de verossimilhança. Trata-se de mulher de bom conceito, de condição humilde, que não teria motivo algum para imaginar fatos que não ocorreram. E o peticionário, por seu turno, é pessoa solta no mundo, de antecedentes pouco sabidos e que, segundo ele, já se envolvera em outras brigas.

O fato de a ofendida haver, no inicio, ocultado de seus familiares a notícia do estupro pode perfeitamente ter resultado de sentimento de recato, da idéia de que seu marido e filhos poderiam sentir-se humilhados, como se anotou no inquérito (f. 42).

A decisão incriminada, portanto, ao contrário da argumentação trazida pelo peticionário, tem amparo na prova. Por isso mesmo, não procede a pretensão absolutória." (f. 54/56).

4. A alegação de falta de exame de corpo de delito, em relação ao estupro, não tem razão de ser, por dois motivos:

1º - a vítima já não era virgem, razão pela qual é duvidoso que o ato sexual deixasse necessariamente vestigios;

2º - no caso, as lesões resultantes da agressão brutal praticada sobre a pessoa da vítima, foram objeto de exame pericial (f. 31) e não se pode nagar que estas lesões constituem vestigios comuns a ambos os delitos, pelos quais veio o réu a ser condenado.

5. Diga-se, por fim, que o reconhecimento pelo Júri da existência de homicídio privilegiado, em forma tentada, é que constituiu, no



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

275

RHC 56.089-0-SP

4

caso, uma incongruência com grandes benefícios para o réu.

Pela denegação da ordem."

É o relatório.

V O T O

O SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA (RELATOR):- Tenho por incensurável o parecer que venho de ler. O crime de estupro consiste em constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal - art.213 do Código Penal.

Na espécie, a violência empregada chegou aos extremos de atentar contra a vida da vítima, fato reconhecido pelo Júri, por duas vezes, e pericialmente comprovada. Dúvida não há, portanto, quanto à violência física e a realidade da ofensa à liberdade sexual teve-a o Júri por provada, face às circunstâncias do crime e as declarações da vítima, pessoa honesta e de bons costumes.

Há, por conseguinte, prova do constrangimento sexual, que outra não seria lícito exigir, tendo-se em vista a natureza clandestina do próprio delito. Acresce a isso, que negada a realidade do estupro, e o crime tentado não teria explicação.

Assim, bem decidiu o Júri no exercício de sua soberania constitucional, e confirmou o acórdão que denegou a revisão criminal.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 56.089-0-SP

275

4

caso, uma incongruência com grandes benefícios para o réu.

Pela denegação da ordem."

É o relatório.

V O T O

01096010
04190560
00893000
01270370

O SR. MINISTRO CORDEIRO GUERRA (RELATOR):- Tenho por incensurável o parecer que venho de ler. O crime de estupro consiste em constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal - art.213 do Código Penal.

Na espécie, a violência empregada chegou aos extremos de atentar contra a vida da vítima, fato reconhecido pelo Júri, por duas vezes, e pericialmente comprovada. Dúvida não há, portanto, quanto à violência física e a realidade da ofensa à liberdade sexual teve-a o Júri por provada, face às circunstâncias do crime e as declarações da vítima, pessoa honesta e de bons costumes.

Há, por conseguinte, prova do constrangimento sexual, que outra não seria lícito exigir, tendo-se em vista a natureza clandestina do próprio delito. Acresce a isso, que negada a realidade do estupro, e o crime tentado não teria explicação.

Assim, bem decidiu o Júri no exercício de sua soberania constitucional, e confirmou o acórdão que denegou a revisão criminal.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 56.089-0-SP

276

5

De fato, a revisão criminal só é admissível quando a decisão revisanda não encontra apoio algum na prova dos autos.

Ora, o próprio paciente reconhece que a decisão condenatória se alicerça nas declarações da vítima, apoiadas nas circunstâncias do próprio fato delituoso.

Assim, bem decidiu o Eg. Tribunal, pelo que, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral da República, conheço do pedido e o indefiro.



ANEXO F – Trechos de decisão do STF da década de 80

Recurso de Habeas-corpus nº 66.989. Brasília, DF, 08 de novembro de 1988

01526030
04190660
09891000
00000180

Supremo Tribunal Federal
SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 02.12.88
EMENTÁRIO Nº 1526 - 3

602

8.11.1988

TRIBUNAL PLENO

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 66.989-1

SÃO PAULO

RECORRENTE : NÉLSON FELICIANO NOGUEIRA

RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E M E N T A : - RECURSO DE HABEAS CORPUS. Absolvido por crimes contra os costumes cometidos entre setembro de 1986 e março de 1987, contra menor, e denunciado, meses depois por crimes idênticos cometidos anteriormente contra a mesma vítima, não se configura o bis in idem. A circunstância da segunda ação delituosa ter desate mais rápido em virtude de ter início com a prisão em flagrante, não prejudica novo processo contra o mesmo réu, instaurado em virtude de representação da mãe da menor, por motivo de rapto e estupro ocorridos em janeiro de 1986.
Recurso improvido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Brasília, 8 de novembro de 1988.

DJACI FALCÃO - PRESIDENTE

CARLOS MADEIRA - RELATOR

h.



Supremo Tribunal Federal

8.11.1988

SEGUNDA TURMA

603RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 66.989-1SÃO PAULO

RELATOR : O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA
 RECORRENTE : NELSON FELICIANO NOGUEIRA
 RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA - Por denúncia oferecida a 20 de março de 1987, pelo Promotor Público de Guarulhos, Estado de São Paulo, foi Nelson Feliciano Nogueira acusado da prática dos delitos descritos nos arts. 220, 148, § 2º, 213 e 214, combinados com o art. 224, letra c, e ainda com o art. 69 do Código Penal, por haver raptado e mantido em cárcere privado a menor Francis Facioli, desde 25 de setembro de 1986 até 7 de março de 1987, tendo com ela conjunção carnal.

O Juiz de Direito da Comarca julgou procedente a denúncia e condenou Nelson Feliciano Nogueira a seis anos de reclusão. A sentença, porém, foi reformada, ficando absolvido o réu, por acórdão de 18 de novembro de 1987, da Egrégia Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em 28 de abril de 1988, nova denúncia foi oferecida contra Nelson Feliciano Nogueira dando-o como incurso nas penas dos arts. 219 e 213, combinados com o art. 69 do Código Penal, por haver raptado a mesma menor Francis Facioli, entre os dias 7 e 11 de janeiro de 1986, para fins libidinosos. A denúncia foi oferecida, em razão de representação da mãe da menor, feita à Delegacia Policial de Guarulhos em 21 de janeiro de 1986.

01526030
 04190660
 09892000
 00000210



Supremo Tribunal Federal

RHC nº 66.989-1- SP

2

604

Em razão da nova denúncia, impetrou o acusado habeas corpus, alegando já haver respondido a idêntica acusação, logrando absolvição em julgamento na Sexta Câmara Criminal, nada justificando o novo processo.

A Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo denegou a ordem, por considerar que, embora os crimes imputados sejam da mesma natureza, praticados contra a mesma pessoa, ocorreram em épocas diversas, embora não distanciadas. Sucedeu que a ação penal já decidida teve andamento célere, por encontrar-se preso o acusado.

Recorre o acusado, negando haver constrangido a menor e argumentando que está sendo submetido a novo vexame, sem a mínima possibilidade de refazer-se do golpe sofrido, pois inclusive se encontra preso ao lado de delinquentes, sem que se vislumbre sua responsabilidade pelos fatos denunciados.

O Procurador de Justiça ofereceu parecer, afirmando que a fundamentação do recurso não foi apreciada no acórdão recorrido, o que o inviabiliza.

O Subprocurador-Geral da República Valim Teixeira opinou pelo não provimento do recurso, pois, além de inexistir o alegado bis in idem, a alegação de falta de justa causa é matéria que deverá ser deslindada na sentença a ser proferida na ação penal.

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

RHC nº 66.989-1- SP

3

605

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA (RELATOR) -- O parecer do Procurador de Justiça, oferecido quando do julgamento do habeas corpus, fixa com exatidão a hipótese, ao dizer:

"No processo ora em curso, responsabiliza-se o Paciente por fatos ocorridos entre 07 e 11 de janeiro de 1986 (fls. 06/v.). A representação da mãe da ofendida é data do dia 21 daquele mês e ano (fls. 27/28), tendo sido desde logo aberto inquérito policial (fls. 27), no qual foi oferecida denúncia somente neste ano, em 28 de abril (fls. 06v.). Já na segunda hipótese, porque decorrente de prisão em flagrante, a tramitação foi muito mais rápida, tanto assim que houve trânsito em julgado, sendo pois definitiva a absolvição do Paciente (fls. 18/22). Os fatos objeto deste segundo caso ocorreram entre 25 de setembro de 1986 (aproximadamente) e 07 de março de 1987 (fls. 07/08), não se confundindo, portanto, com aqueles apurados no primeiro inquérito, embora em ambos se cuide de rapto e de estupro, e os sujeitos ativo e passivo sejam os mesmos."

(Fls. 45-46)

Cabe acrescentar que no primeiro processo, em que o recorrente foi acusado de manter a menor em cárcere privado, a Câmara julgadora teve como conflitante a prova, pois as testemunhas da defesa atribuíam a menor a iniciativa de ir morar em companhia do réu.

No caso que deu origem ao processo cujo trancamento se pleiteia, neste habeas corpus, a acusação é de que a menor foi

01526030
04190660
09893000
01510360



Supremo Tribunal Federal

RHC nº 66.989-1- SP

606

4

levada a um lugar ermo e aí deflorada pelo paciente, causando-lhe lesões corporais leves. Tinha a menor, então, apenas 14 anos, e na segunda oportunidade em que foi levada pelo paciente, já contava 15 anos. Na hipótese do processo em curso, a acusação inclui o rapto da menor e o estupro, figurando o concurso, o que torna mais grave a situação do paciente, em virtude da cumulatividade da pena, a teor do art. 222 do Código Penal.

Não há, assim, o alegado bis in idem, em ordem a trancar a ação penal.

Nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

h.



ANEXO G – Trechos da decisão do STF da década de 90

Recurso Especial nº 79201. Brasília, DF, 24 de março de 1997

JFCE

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 79201 - DF (REG.: 95/0058067-5)
RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL
RECORRENTE : MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS
RECORRIDO : WENSTEIN RAW
ADVOGADO : JEFFERSON RODRIGUES BELLOMO

E M E N T A

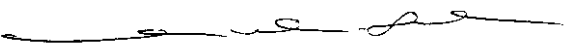
PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME MATERIAL

1. A corrupção de menores é crime material, exigindo para sua configuração a demonstração de que a vítima veio realmente a se corromper.
2. Recurso não conhecido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo. Votou vencido o Ministro Felix Fischer.

Brasília-DF, 24 de março de 1997. (data do julgamento)



MINISTRO EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator

095005800
067513000
007920130



JPCF
5ª TURMA: 24.03.97

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 79201 - DF (REG.: 95/0058067-5)
RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL
RECORRENTE : MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS
RECORRIDO : WENSTEIN RAW
ADVOGADO : JEFFERSON RODRIGUES BELLOMO

095005800
067523000
007920100

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Conheceram-se pelo "disque-amizade" e logo marcaram encontro para o dia seguinte. Wenstein Raw, 29 (vinte e nove) anos, casado, foi até a casa onde Regilene de Freitas, 16 (dezesesseis) anos, trabalhava como doméstica. Conversaram e ele prometeu voltar outro dia. Voltou; desta vez trazendo uma fita de vídeo pornográfico. Assitiram ao filme e, em seguida, já no corredor dos quartos, Wenstein passou a beijar e acariciar o corpo de Regilene. Nua e excitada, ela não resistiu mais aos impulsos da libido, deixando-o penetrar o seu corpo ainda virgem.

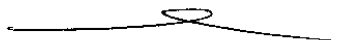
Denunciado por corrupção de menores (CP, Art, 218 c/c Art. 226, III), a sentença absolveu o réu, com base no CPP, Art. 386, VI, ao fundamento de que a vítima já era corrompida.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento à Apelação do Ministério Público, em Acórdão assim ementado:

"CORRUPÇÃO DE MENORES - DELITO NÃO CARACTERIZADO - NECESIDADE DE TER SAÍDO DE FATO CORROMPIDA DE SEU ENVOLVIMENTO COM O AGENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 218 DO CP.

A infração penal tipificada no art. 218 do Código Penal não se caracteriza se a vítima não sofreu influência de ordem moral, capaz de modificar sua personalidade. Negou-se provimento ao recurso. Decisão unânime."

Agora, Recurso Especial do órgão ministerial, alegando violação ao CP, Art 218, além de divergência jurisprudencial.



Superior Tribunal de Justiça

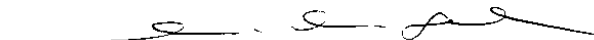
RESP N° 79201 - DF - RELATÓRIO - fls. 2

Sustenta que o Acórdão, ao considerar a menor já corrompida, pelo simples fato de ter consentido na relação sexual, inverteu a presunção de inocência, pois, na verdade, deveria militar a seu favor a presunção de que não era corrompida.

Admitido na origem o recurso, com as contra-razões vieram os autos.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento ou, se conhecido, pelo improvimento.

Relatei.



Superior Tribunal de Justiça

JFCF
5ª TURMA: 24.03.97

RECURSO ESPECIAL Nº 79201 - DF (REG.: 95/0058067-5)
RELATOR : O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL
RECORRENTE : MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS
RECORRIDO : WENSTEIN RAW
ADVOGADO : JEFFERSON RODRIGUES BELLOMO

V O T O

095005800
067533000
007920180

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, insurge-se o recorrente contra o entendimento do Acórdão, de que é exigível para a configuração do delito de corrupção de menores, a prova da efetiva corrupção da vítima.

É conhecida a controvérsia acerca do tema, havendo duas correntes distintas na jurisprudência.

Para a primeira corrente, o crime de corrupção de menores é de natureza **formal**, bastando a prática do ato libidinoso para sua configuração.

Uma segunda corrente defende o entendimento de que trata-se de delito **material**, só se verificando com o efetivo estado de corrupção da vítima.

Esta segunda corrente é a que tem predominado nos Tribunais, inclusive nesta Corte. A propósito, decidiu a 5ª Turma no Resp 10848 - SP, Relator para Acórdão, Ministro Cid Flaquer Scartezini, DJ 09/12/91:

"PENAL - CORRUPÇÃO DE MENORES - CRIME MATERIAL. - O DELITO DO ART. 218, C.P., E ESSENCIALMENTE MATERIAL, EXIGINDO PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A PROVA EFETIVA DA CORRUPÇÃO DO MENOR - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO."

E também a 6ª turma, no Resp 12651 - SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 16/10/91:

"RESP - CORRUPÇÃO DE MENORES - CARACTERIZAÇÃO - CRIME MATERIAL - CRIME FORMAL - O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 218) INDICA DUAS CONDUTAS - CORROMPER E FACILITAR A CORRUPÇÃO. NO PRIMEIRO CASO, TEM-SE CRIME



Suprema Tribunal de Justiça

RESF N° 79201 - DF - VOTO - fls. 2

MATERIAL (O RESULTADO CONFIGURA DANO AO BEM JURÍDICO); NO SEGUNDO, CRIME FORMAL (O RESULTADO CONSISTE NO PERIGO - PROBABILIDADE DO DANO AO OBJETO JURÍDICO). O DIREITO PENAL DA CULPA REPUDIA QUALQUER PRESUNÇÃO DE FATO. ESTE, COMO ACONTECIMENTO DA EXPERIÊNCIA, EXISTE OU NÃO EXISTE. NÃO SE CENSURA NINGUÉM PORQUE DEU CAUSA A UM EVENTO NÃO ACONTECIDO."

Na vedade, o crime previsto no CP, Art. 218, não decorre da simples prática do ato libidinoso, pois consiste em **corromper ou facilitar a corrupção** do menor. Do contrário, o crime consistiria, como observa Celso Delmanto, **em praticar ato libidinoso**.

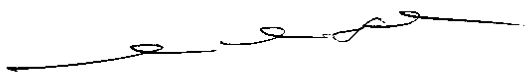
É imprescindível, pois, à caracterização do tipo penal, a demonstração que a vítima veio realmente a se corromper, sofrendo influência de ordem moral capaz de mudar a sua personalidade.

No caso concreto, como bem salientou o Acórdão, "nenhuma prova foi produzida pela acusação de que o ato praticado pelo réu tenha levado a ofendida à degradação moral" (fls. 94).

Pela alínea "c", o recurso não merece sequer ser conhecido. Os paradigmas colacionados e o Acórdão recorrido apresentam hipóteses fáticas absolutamente diversas.

Assim, não conheço do recurso.

É o voto.



5ª Turma: 24/03/97
Damação : 02/04/97

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 79.201 - DF

V O T O

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, não conheço do recurso em função do crime de que se trata, isto é, menor de 18 anos e não de 14 anos, não estando, pois, em causa, a presunção juris et de jure que a estes últimos protege.



ACC/5ª Turma

Superior Tribunal de Justiça

24/03/97

RECURSO ESPECIAL Nº 79.201 - DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sr. Presidente, a posição da exigência da efetiva corrupção é muito problemática. Leva a uma situação paradoxal para casos futuros no sentido de que, para qualquer evento, aquela jovem, que eventualmente tenha sido levada por circunstâncias ao ato sexual, será considerada corrompida. Isso é evidente. Se praticou uma vez o ato sexual, como é que ela pode ser considerada não corrompida? Entendo que o delito tipificado no art. 218 não exige a efetiva comprovação da corrupção. Não se trata de presunção, trata-se de um crime de perigo para a moral sexual. A norma por trás do tipo quer que os penalmente responsáveis se afastem da prática de atos libidinosos com menores entre 14 a 18 anos. Trata-se de matéria penal propriamente dita. A única questão que me preocupa é se ela era, efetivamente, corrompida quando praticou esse ato. Se não era, penso que o recurso deveria ser provido.

Com a devida vênia, nego provimento ao recurso, mas pelo exame de prova, Súmula 7.



095005800
067543000
007920150

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUINTA TURMA

Nro. Registro: 95/0058067-5

RESP 79201/DF
MATERIA CRIMINAL

Pauta: 24 / 03 / 1997

JULGADO: 24/03/1997

Relator

Exmo. Sr. Min. EDSON VIDIGAL

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. EDSON VIDIGAL

Subprocurador-Geral da República

EXMO. SR. DR. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário (a)

JUNIA OLIVEIRA C. R. E SOUSA

AUTUAÇÃO

RECTE : MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS
RECDO : WENSTEIN RAW
ADVOGADO : JEFFERSON RODRIGUES BELLOMO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, não conheceu do recurso.
Votaram com o Relator os Ministros Jose Dantas, Cid Flaquer Scartezini e Jose Arnaldo. Votou vencido o Ministro Felix Fischer.

O referido é verdade. Dou fé.
Brasília, 24 de março de 1997


SECRETÁRIO(A)

ANEXO H – Trechos de decisões do STF a partir de 2000

Inquérito nº 2.033-8. Brasília, DF, 16 de junho de 2004

*Supremo Tribunal Federal***72**

16/06/2004
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 17.12.2004
EMENTÁRIO Nº 2177-1 **TRIBUNAL PLENO**

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
QUERELANTE(S) : GLÓRIA MARIA GUIMARÃES DE PÁDUA RIBEIRO PORTELLA
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ GERARDO GROSSI E OUTROS
QUERELADO(A/S) : PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA
ADVOGADO(A/S) : SIDNEY F. SAFE SILVEIRA

EMENTA: INQUÉRITO. CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL. RECEBIMENTO DE QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE PROVA. QUEIXA-CRIME REJEITADA.

Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. Posição doutrinária e jurisprudencial majoritária.

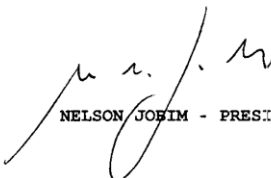
Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência.

Queixa-crime rejeitada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de Julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a queixa.

Brasília, 16 de junho de 2004.


NELSON JOBIM - PRESIDENTE



16/06/2004

TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM
 QUERELANTE(S) : GLÓRIA MARIA GUIMARÃES DE PÁDUA RIBEIRO PORTELLA
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ GERARDO GROSSI E OUTROS
 QUERELADO(A/S) : PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA
 ADVOGADO(A/S) : SIDNEY F. SAFE SILVEIRA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - (Relator):

1. A QUEIXA-CRIME.

GLÓRIA MARIA GUIMARÃES DE PÁDUA RIBEIRO PORTELLA, funcionária do STJ, oferece queixa crime contra o Ministro PAULO GERALDO DE OLIVEIRA MEDINA.

Afirma ter ocorrido assédio sexual (art. 216-A do CP acrescido pela Lei 10.224/01¹; fls. 02/05).

Está na queixa-crime:

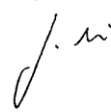
"....."

¹ CP.

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.



16/06/2004

TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERAL**VOTO S/ PRELIMINAR**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : O assédio sexual, “sexual harassment” na versão original como surgiu na percepção para o mundo jurídico, é delito em que o bem jurídico protegido consiste na dignidade de gênero da pessoa ofendida, geralmente, mas não exclusivamente, uma mulher. A atuação a ser coibida fere não apenas um sentimento de decoro pessoal, mas se caracteriza como um exercício de dominação que causa à vítima prejuízos que decorrem de um retraimento de sua área de atuação, manifestação e desenvolvimento pessoal, social, mas, especialmente profissional.

A caracterização e repressão deste tipo de comportamento não quer dizer que temos retorno à “guerra dos sexos” dos primórdios do feminismo. A fase inicial de surgimento de uma consciência pública a respeito da existência de direitos próprios das mulheres – de direitos humanos das mulheres – caracterizou-se pela virulência que geralmente acompanha o pioneirismo. De lá para cá, todavia, muito já evoluiu a teoria feminista, cujo histórico foi bem demonstrado em trabalho recente do Prof. Roger Raupp Rios¹. Da primeira fase, ferreteada pelos críticos como “anti-masculina, anti-família e, mesmo anti-feminina” (o que causou dificuldades de difusão do movimento e a reação conhecida como o “backlash” ou retrocesso, analisado na obra de Susan Faludi)², passou-se à construção de uma compreensão de sociedade em que homens e mulheres possam desenvolver suas potencialidades em regime de complementaridade e cooperação, sem que a um dos gêneros se atribua uma situação subalterna incompatível com a dignidade humana. À tão difundida, mas desatualizada e preconceituosa indagação de Freud, responde-se singelamente que as mulheres desejam é serem reconhecidas e respeitadas em sua condição de seres humanos integrais.

¹ Rios, Roger Raupp “Por uma Perspectiva Feminista no Debate Jurídico”; in “Cadernos Themis Gênero e Direito”, ano III, nº 3 (dez/2002) Porto Alegre, p. 465.

² Faludi, Susan “Backlash: o contra ataque na guerra não declarada contra as mulheres”, tradução de Mário Fondelli, Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 458.

Daí porque, a versão atual da teoria feminista corresponde a um reencontro com a essência feminina que para assegurar seu lugar na sociedade não quer, nem precisa de travestir-se ou de renegar características próprias.

E é, desta linha mais atualizada que surge a colocação do problema dos limites às manifestações de interesse nitidamente sexual nas relações quotidianas, especialmente nas relações de trabalho.

Pressuposto da noção de assédio sexual é que os gêneros complementares naturalmente se atraíam, o que é absolutamente normal, saudável e desejável e tem assegurado a sobrevivência desta espécie tão frágil que é o *homo sapiens*.

É de Shopenhauer em seu “Metafísica do Amor”³ a noção de que instintivamente, cada ser humano procura entre as centenas ou milhares de contemporâneos aquele ou aquela que lhe será geneticamente complementar, numa pulsão que não é individual, mas corresponde a um esforço da espécie, em sobreviver e aperfeiçoar-se.

Para disciplinar esta aproximação a humanidade tem, ao longo dos milênios de sua existência, construído toda uma interminável variação de sistemas. Regras endogâmicas e exogâmicas, tabus de incesto, restritos e ampliados, regras de parentesco, etc, fazem o deleite dos antropólogos de todas as escolas.

Para evitar desvios a tais regras, foram as mulheres sujeitadas a regimes de reclusão, senão física, ao menos, de outras formas de contenção mais sutis, decorrentes dos hábitos, costumes e sobretudo dos preconceitos sociais.

Nestas condições, restrita ao gineceu e ao serralho, metade da humanidade sofreu limitação de seu campo de atuação e de sua atividade criativa, o que reverte em inegável prejuízo para todos.

³ “Mais ce qui en fin de compte attire l’un vers l’autre deux individus de sexe différent avec tant de force et si exclusivement, c’est le vouloir-vivre présent dans toute espèce, qui réalise para anticipation une objectivation de son être conforme à ses intentions, dans l’individu que ces deux êtres peuvent produire.” Schopenhauer, in “*Métaphysique de L’Amour*”, tradução de Marianna Simon, Paris, Union Générale D’Éditions, 1964, p. 46.

(“Mas o que, afinal de contas, atrai um ao outro dois indivíduos de sexo diferente com tanta força e exclusividade é a vontade-de-viver presente em toda a espécie, que realiza, por antecipação, uma objetivação de seu ser conforme a suas intenções, no indivíduo que esses dois seres podem produzir.”)

Inq 2.033 / DF

É muito recente ainda, em termos históricos, a integração efetiva das mulheres em todos os campos de atuação. Por isso, ambos os gêneros – e não apenas os homens – devem aprender a conviver com a situação nova.

São tênues as linhas divisórias e, mais que isso, são cambiantes. Tem a ver com a sub-cultura em que inseridos os participantes e com a sensibilidade individual.

Por isso mesmo, é difícil sua caracterização. A rígida e precisa tipologia penal tem dificuldade em conviver com tais nuances.

Mas o delito, hoje formalmente introduzido em nosso ordenamento penal (CP art. 216-A, acrescentado ao Código Penal com a Lei nº 10.224, de 15/5/01) é dos que merecem a atenção e a repulsa da sociedade. Merecem repressão as práticas que afugentam, inibem e intimidam as mulheres em sua plena participação na vida social e nas relações de trabalho. Trata-se de constrangimento que subrepticamente se entranha no dia-a-dia, encapsulando suas vítimas em situação de inferioridade e impotência.

Por isso mesmo, os índices de sub-notificação deste delito são elevados. Na verdade, quase nunca as vítimas vencem a barreira do silêncio, seja por temerem retaliações, seja porque a exposição lhes represente um acréscimo e uma renovação do sofrimento e da humilhação sentidos.

Todas estas circunstâncias fizeram com que, só recentemente a prática do assédio sexual ganhasse nome próprio e tipificação penal. Como se viu, apenas a Lei nº 10.224, de 15/5/01, o introduziu no ordenamento brasileiro.

Assim também, no plano internacional. Recordo-me que foi em outubro de 1991, por ocasião do processo de confirmação pelo Senado norte americano do então candidato indicado a uma vaga na Suprema Corte, o Juiz Clarence Thomas, que a prática de vitimizar mulheres mediante aproximações, insinuações, galanteios ou demonstrações outras inoportunas e indesejadas, pela primeira vez ganhou notoriedade.

Prova disso é que nem mesmo a expressão que abarcava todas essas inadequadas manifestação de interesse era conhecida pelos senadores Norte-Americanos. Durante os acesos debates de que o Congresso foi palco, ora se falava em “sexual harassment” ora em “sexual harassment”. O debate judicial a respeito dessa matéria, mesmo naquele país, não tinha então mais de uma década. Crescia,

Inq 2.033 / DF

todavia, a noção de que entre os direitos humanos das mulheres encontra-se o de não ser molestada na forma de assédio. Calculava-se, àquela época, nos Estados Unidos, em 5.500 o número de causas judiciais em que esta questão era enfrentada. Tais demandas canalizavam-se basicamente através das comissões de Direitos Humanos e da *Equal Employment Opportunity Commission EEOC*, agência governamental cujo objetivo é o de assegurar a defesa contra discriminações no acesso ou no exercício do trabalho.

O episódio Clarence Thomas elevou o nível de consciência do público norte-americano a respeito de um problema antigo, mas ao qual até então, não se dera importância ou visibilidade.

A partir dali difundiu-se para o resto do mundo, e a onda repressora que se seguiu alcançou paroxismos que só serviram para desviar o foco de realidades incômodas que persistem atuando como barreiras ao pleno desenvolvimento das mulheres.

Muitos casos, porém, são sérios e precisam ser encarados com a seriedade que merecem. Nos EUA, tanto secretarias estaduais como municipais de direitos humanos podem receber tal tipo de queixa. Mas, é geralmente a *Equal Employment Opportunity Commission*, agência federal (curiosamente, dirigida durante vários anos pelo próprio Clarence Thomas), que as reclamações são dirigidas.

Geralmente, o que se aconselha às mulheres vítimas desse tipo de agressão é que não abandonem seus empregos, antes de tentarem uma solução para o problema. Também é importante seguir os procedimentos internos da empresa para comunicações às chefias ou ao sindicato respectivo. Se isso não for feito, o empregador, que nos EUA tem responsabilidade solidária, poderá alegar que desconhecia o fato. Na tentativa de evitar tais ocorrências e as conseqüentes indenizações, inúmeras empresas estabeleceram programas educativos internos. Na ausência de providências ou de solução aceitável, entram em ação os órgãos oficiais. Formulada a queixa, o EEOC tem seis meses de jurisdição exclusiva para, agindo como instância mediadora, notificar o empregador, investigar e negociar uma solução. Se, ao término do prazo de 6 meses, nem acordo, nem solução foram construídos, a ofendida poderá acionar individualmente, prescrevendo tal direito em 90 dias após a declaração do EEOC de que está liberada para fazê-lo.

Mas, depois de toda a catarse coletiva que o episódio Clarence Thomas representou para a sociedade Norte-Americana, uma pergunta permanece: O que é assédio sexual? Onde se encontra o limite entre a brincadeira inconseqüente e a

Inq 2.033 / DF

ofensa moral? Onde termina uma e onde começa a outra? O grau de subjetividade torna altamente problemático determinar com os critérios objetivos da tipologia penal qual é de ser considerado o comportamento sancionável, qual o que deva ser considerado como inócuo e penalmente irrelevante. O divisor de águas é um só, embora altamente variável seja a sensibilidade da vítima. Ele está na ausência de alternativas de que disponha a ofendida para fazer cessar um comportamento que lhe seja desagradável ou ofensivo. Chave para a determinação da efetiva ocorrência de um caso de assédio sexual é a determinação de que o comportamento repetido e mal aceito pela vítima venha a estabelecer o que se convencionou denominar de “ambiente hostil”, ou melhor, “inóspito”, vale dizer um ambiente de trabalho onde a vítima, por sentir-se molestada e pouco a vontade vê tolhida sua oportunidade de pleno desenvolvimento profissional e de encontrar no trabalho que executa a desejada realização pessoal.

Não há no Brasil um desenvolvimento jurisprudencial desta matéria. Basearmo-nos em parâmetros de outra sociedade e de outra cultura em matéria que diz tão de perto ao “caráter nacional” de cada povo não é recomendável. Mas, as linhas gerais ou os parâmetros acima citados parecem suficientemente flexíveis para permitir uma adaptação ao caso concreto.

Na hipótese, pelo que se verificou do relatório, a requerente não estava constringida a tolerar a continuidade de um comportamento que a desagradava. É funcionária concursada que se encontrava exercendo função de confiança junto ao requerido. Essa relação de confiança é via de mão dupla e sua quebra desonera a qualquer um dos partícipes. Daí porque, não constato a presença de um dos elementos que poderia caracterizar um caso típico de assédio sexual, vale dizer, a circunstância de que a requerente se encontrasse à mercê do requerido, sem oportunidade de defesa ou correndo risco de prejuízo econômico ou profissional. A própria inicial demonstra que a requerente já exerceu funções semelhantes em diversos outros gabinetes e poderia colocar-se em qualquer outro setor do Tribunal.

Opostas as duas versões e mais o fato de nem os documentos juntados, nem as testemunhas arroladas poderem acrescentar mais nada ao juízo de probabilidade necessário ao desencadeamento de uma ação penal, embora reconhecendo que a realidade desse tipo de delito existe e merece ser tomada com a consideração e seriedade devidas, tudo o que foi salientado da tribuna e no voto proferido me leva a acompanhar Vossa Excelência para **rejeitar** a queixa.



16/06/2004

TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, fomos todos premiados com a antecipação do voto da Sr^a Ministra Ellen Gracie. Às vezes, incidir numa certa atecnia regimental é até meritório.

Também me convenci de que não há esse mínimo de suporte probatório para conferir um tónus de plausibilidade à queixa. Estranhei a querelante não haver arrolado como testemunha um só companheiro de trabalho. Por conta própria, procurei saber do posicionamento do Gabinete e tomei ciência de um documento já público, embora fora dos autos, falandc exatamente deste apoio ao querelado e não à querelante. É um desagravo, não cabe a leitura, porém asseguro não se tratar de um desagravo insosso ou anódino ou simplesmente protocolar, mas, sim, de quem toma partido, de quem conhece os fatos e rechaça peremptoriamente a plausibilidade da queixa.

Acredito, portanto, não haver indícios suficientes para sustentar acusação e acompanhamento o voto de Vossa Excelência.

* * * * *



16/06/2004

TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, imaginei um julgamento bem mais célere, tendo em conta as balizas impostas pelo ordenamento jurídico, já que não estamos a apreciar o tema de fundo da própria queixa. Creio que não cabe, nesta fase preliminar, proclamar que a querelante não fez prova dos fatos narrados na inicial.

Defrontamo-nos, Presidente, com um tipo novo, que revela como procedimento penalmente condenável constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

Colho, do artigo 216, alínea "a", do Código Penal, determinados aspectos, elementos, e aí vejo, nessa figura penal, um avanço na cultura, objetivando - muito embora possam constar como agente o homem ou a mulher - a recuperação do que denominado, até mesmo em romance em voga, o sagrado feminino.

O preceito, o texto legal direciona à liberdade no trabalho, à liberdade em sentido amplo. Mais do que isso, visa a preservar a dignidade daquele - não me refiro aqui ao homem ou à mulher - que presta serviços.



114

*Supremo Tribunal Federal***Inq 2.033 / DISTRITO FEDERAL**

É um crime formal, cujo núcleo é "constranger". E aí, realmente, como ressaltado no memorial distribuído pelo profissional da advocacia que assiste à querelante, mostra-se pertinente a interpretação sistemática, considerados outros textos do Código Penal, para perquirir-se o alcance do verbo "constranger"; para delimitar-se a premissa, em si, da incidência da norma do artigo 216, alínea "a", do Código Penal. Esse verbo, ao contrário do que ocorre com outros dispositivos, não está jungido à violência ou à grave ameaça, ao contrário, portanto, do que acontece nos artigos 146, 158, 197, 198, 213 e 214 do mesmo Código.

Indo à *mens legis* do preceito, assentamos que "constranger" é palavra sinônima de tolher a liberdade, de importunar, de forçar, de coagir - e, aí, vem a especificidade -, valendo-se o agente da hierarquia, da ascendência em relação à vítima.

Quanto à forma de ocorrência, Presidente, será que o assédio se faz na presença de terceiros? Será que o agente convoca terceiros para demonstrar a capacidade de conquista, principalmente quando esta se apresenta extravagante, esdrúxula, a discrepar do que se espera do homem médio? Não, Presidente. Verifica-se o assédio de forma dissimulada, na reserva de certo ambiente, entre quatro paredes, presentes apenas o agente - aquele que assedia - e a vítima.

*Supremo Tribunal Federal***Inq 2.033 / DISTRITO FEDERAL**

Senhor Presidente, comecemos fazendo justiça ao advogado. A inicial não merece - como ressaltado pelo Procurador-Geral da República - a tarja de inepta. Atende, diria que atende a mais não poder, ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Conta-se com a exposição do fato, as circunstâncias, a qualificação do acusado - e que bela qualificação tem o acusado -, o rol de testemunhas, e nele verificamos o nome de três julgadores, de três ministros do Superior Tribunal de Justiça. Dir-se-á: mas o que poderão esses ministros testemunhar, se eles não presenciaram os fatos, já que os fatos teriam ocorrido na reserva de certo ambiente, apenas entre agente e vítima? Aguardemos, Presidente, a fase própria. Aguardemos a oitiva dessas testemunhas; do médico, que não estará aqui pressionado pelo dever profissional de sigilo, já que em jogo a própria reputação da vítima. Aguardemos que o médico seja ouvido, que seja ouvida a outra testemunha cujo nome sugere, pelo menos, tratar-se da pessoa que a inicial revela que seria - não sei se é, mas não estamos na fase de definição -, dentro do gabinete, a confidente da vítima. A peça é irreprochável, atende ao figurino instrumental.

As pessoas envolvidas são sérias: a querelante, mulher casada, mãe de dois filhos, integrada a uma família sólida, e o querelado, no caso, ministro de um tribunal superior.

Quanto aos indícios, é certo, Presidente, que não merecem a apoteose maior; não merecem ser potencializados a ponto de



122

*Supremo Tribunal Federal***Inq 2.033 / DISTRITO FEDERAL**

àquele que a indicara que não daria mais para continuar com a relação então estabelecida. Caberia à querelante comunicar ao superior? Quem seria o superior da querelante? O próprio querelado. Evidentemente, essa comunicação não tinha lugar, já que, visando a preservar o próprio perfil, a querelante não confidenciou sequer o que vinha ocorrendo - e isso está na inicial - ao marido.

Senhor Presidente, o ministro Cezar Peluso disse que o fato pode ter acontecido, ou não. Esperemos a demonstração. E o ônus da prova sobrecai sobre os ombros da querelante? O que pede a querelante a esta Corte? Simplesmente a oportunidade de provar o alegado na inicial.

Digo mais: interessa ao querelado não uma rejeição pura e simples da queixa, mas que fique extremo de dúvidas que esses fatos perniciosos, condenáveis, retratados - a meu ver, com propriedade - na inicial não ocorreram.

Dizem que sou um juiz - o leigo diz - benévolo no campo penal. E vejo que isso não procede, porque voto, após inúmeros votos pelo não-recebimento da queixa-crime, recebendo-a, mas voto porque homenageio, com todas as minhas forças, a Constituição Federal, no que esta dispõe que a lei não pode afastar do crivo do Judiciário lesão a direito - e aqui está em jogo a dignidade da querelante - nem ameaça de lesão a direito.

Aguardemos que, na fase probatória, os fatos fiquem elucidados em prol até mesmo do querelado, viabilizando, como eu

123

Supremo Tribunal Federal
Inq 2.033 / DISTRITO FEDERAL

disse, o exercício de um direito pela querelante, que é o direito medular da própria cidadania: o direito de ingressar no Judiciário e ter uma prestação jurisdicional após a instrução do processo, acolhendo ou refutando o pedido inicial.

Peço vênia - e digo que esse é o primeiro caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal e receio que o artigo 216, alínea "a", do Código Penal torne-se um dispositivo lírico -, para simplesmente acolher, sem qualquer juízo de valor quanto à procedência ou improcedência, a queixa-crime formulada.

É como voto no caso.

Supremo Tribunal Federal

16/06/2004

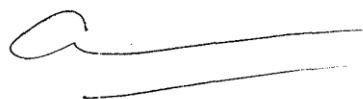
TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.033-8 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, **seja** em nosso País, **seja** no âmbito da comunidade internacional, **revela** trajetória **impregnada** de notáveis avanços, **cuja** **significação** teve o elevado propósito **de repudiar** práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, **suprimindo-lhe** direitos e **impedindo-lhe** o pleno exercício dos **múltiplos** papéis que a moderna sociedade, **hoje**, lhe atribui, por **legítimo** direito de conquista.

O movimento feminista - que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais - **buscou**, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um **novo** paradigma cultural, **caracterizado** pelo reconhecimento e pela afirmação, **em favor** das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros.

Todos sabemos, Senhor Presidente, **sem desconhecer** o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, **entre nós**, no passado, por Carlota Pereira de Queiroz, Nísia Floresta, Bertha Lutz, Chiquinha Rodrigues e Maria Augusta Saraiva, **dentre outros grandes**



Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

vultos brasileiros do processo de afirmação da condição feminina, que, **notadamente a partir** da década de 1960, **verificou-se** um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, **registrando-se**, no contexto desse processo histórico, uma **sensível** evolução na abordagem **das questões de gênero**, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a **superação** de velhos preconceitos culturais e sociais, **que impunham**, arbitrariamente, à mulher, mediante **incompreensível** resistência de natureza ideológica, um **inaceitável** tratamento discriminatório e excludente, **que lhe negava** a possibilidade de protagonizar, **como ator relevante**, e fora do espaço doméstico, os papéis que até então lhe haviam sido recusados.

Dentro desse contexto histórico, a **mística feminina**, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, **teve a virtude**, altamente positiva, **consideradas** as adversidades enfrentadas pela mulher, **de significar uma decisiva resposta contemporânea** aos gestos de profunda hostilidade, que, **alimentados** por uma **irracional** sucessão de fundamentalismos - **quer** os de caráter teológico, **quer** os de índole política, **quer**, ainda, os de natureza cultural -, **todos eles impregnados** da marca da intolerância e **que culminaram**, em determinada etapa de nosso processo social, **por subjugar**, injustamente, a mulher, **ofendendo-a** em sua inalienável dignidade e **marginalizando-a** em sua posição de

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

pessoa investida de plenos direitos, em condições de igualdade com qualquer representante de gênero distinto.

Cabe ter presente, bem por isso, neste ponto, ante a sua extrema importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas (1993), na passagem em que esse instrumento, ao reconhecer que os direitos das mulheres, além de inalienáveis, "constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais" (Capítulo I, item n. 18), deu expressão prioritária à "plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)" (Capítulo I, item n. 18).

Foi com tal propósito que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos instou, de modo particularmente expressivo, que "as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas", enfatizando, ainda, "a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento...", tudo isso com a finalidade de pôr em relevo a necessidade "de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, de

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

eliminar todas as formas de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, de eliminar preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as conseqüências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso" (Capítulo II, "B", n. 3, itens ns. 36 e 38 - grifei).

Esse mesmo compromisso veio a ser reiterado na Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995), quando, uma vez mais, proclamou-se que práticas e atos como o assédio sexual "são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados", conclamando-se os Governos na urgente adoção de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento "contra a mulher na vida privada e pública, quer perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas" ("Plataforma de Ação", Cap. IV, "I", item n. 224), especialmente quando tais atos traduzirem abuso de poder, tal como expressamente reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher:

"A violência contra a mulher constitui obstáculo a que se alcancem os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra a mulher

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

viola e prejudica ou anula o desfrute por parte dela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A inveterada incapacidade de proteger e promover esses direitos humanos e liberdades nos casos de violência contra a mulher é um problema que preocupa a todos os Estados e exige solução. (...).

.....
A expressão 'violência contra a mulher' se refere a qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas:

.....
b) a violência física, sexual e psicológica no nível da comunidade em geral, inclusive as violações, os abusos sexuais, o assédio e a intimidação sexuais no trabalho (...).

.....
Os atos ou as ameaças de violência, quer ocorram no lar ou na comunidade, perpetrados ou tolerados pelo Estado, infundem medo e insegurança na vida das mulheres e constituem obstáculo à obtenção da igualdade, do desenvolvimento e da paz. O medo da violência, incluindo o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher, que limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, sanitário e econômico tanto para o indivíduo como para a sociedade. A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais mediante os quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. (...).

.....
A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra a mulher e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias e de todos os atos de extremismo relacionados com a raça, sexo, o idioma ou a religião, que perpetuam a condição

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. (...).

.....
As mulheres podem tornar-se vulneráveis à violência perpetrada por pessoas em posição de autoridade tanto em situações de conflito como de não-conflito. (...)."
 ("Plataforma de Ação", IV, "D", itens ns. 112, 113, 117, 118 e 121 - grifei)

O eminente Embaixador José Augusto Lindgren Alves, em lapidar reflexão crítica sobre o tema pertinente à condição feminina ("Relações Internacionais e Temas Sociais - A Década das Conferências", p. 240/241, item n. 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), expendeu considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da Mulher no século XX, analisando-os em função das diversas Conferências internacionais promovidas sob a égide da Organização das Nações Unidas:

"Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido kantiano - da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica *per se* não necessitaria -, evidencia uma capacidade de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

A **viabilidade** da presente queixa-crime, desse modo, **está a depender** da análise de questão - que reputo de inegável relevância - **consistente** na identificação, ou não, de justa causa, **apta a legitimar** a instauração da presente ação penal, **considerados** os elementos probatórios, que, apresentados pela parte acusadora, **destinam-se**, ainda que minimamente, a demonstrar a **possível e eventual** ocorrência, no plano fático, das condutas narradas pela ora querelante.

É **preciso** ter presente, neste ponto - **consideradas** as **gravíssimas** implicações éticas e jurídico-sociais que derivam da instauração, contra quem quer que seja, de "persecutio criminis" -, que se impõe, **por parte** do Poder Judiciário, **rígido** controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a **impedir** que se instaure, **contra** qualquer acusado (**não importando** de quem se trate), **injusta** situação de coação processual, **pois**, ao órgão da acusação penal (**cuide-se** de parte pública ou de parte privada), **não assiste** o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal **desvestida** de um mínimo suporte probatório.

Daí a **advertência**, que, **fundada** no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **cumpr**e **jama**is **desconsiderar**:

"A imputação penal **não pode** ser o resultado da **vontade pessoal e arbitrária** do acusador. O Ministério

Inq 2.033 / DF

Daí a razão de ser desta fase preliminar de controle jurisdicional da acusação penal, concebida, precisamente, para impedir a instauração de lides temerárias ou para obstar a abertura de procedimentos destituídos de base probatória fundada em elementos mínimos de convicção, os quais, embora insuficientes para a formulação de um juízo condenatório, mostrem-se aptos a fundamentar um juízo positivo de admissibilidade da peça acusatória.

Não se pode ignorar que, com a prática do ilícito penal, acentua a doutrina, "a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária" (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, "Droit Pénal Général et Procédure Penale", tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. 1/11-13, itens 2/3, Forense), tudo a justificar o ponderado exame preliminar dos elementos de informação, cuja presença revele-se capaz de dar consistência e de conferir verossimilhança às imputações consubstanciadas em queixa-crime ou em denúncia, sob pena de esta fase introdutória do processo penal de conhecimento transformar-se em simples exercício burocrático de um poder gravíssimo que foi atribuído aos juízes e Tribunais.



Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

Dentro desse contexto, **assume relevo indiscutível** o encargo processual que, **ao incidir** sobre o órgão de acusação penal - **seja** ele o Ministério Público, **seja** ele o particular -, **impõe-lhe** o ônus de demonstrar, **ainda que** superficialmente, **porém** com fundamento de relativa consistência, os **fatos constitutivos sobre os quais assenta-se** a pretensão punitiva do Estado.

O fato **indiscutivelmente** relevante, Senhor Presidente, **é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não** se justifica, **sem qualquer base probatória mínima**, a instauração de **qualquer** processo penal condenatório, **que deve sempre assentar-se** - para que se qualifique como ato **revestido** de justa causa - **em elementos** que se revelem **capazes** de informar, **com objetividade**, o órgão judiciário competente, **afastando**, desse modo, **dúvidas** razoáveis, sérias e fundadas **sobre a ocorrência**, ou não, dos fatos descritos em peça acusatória.

Meras conjecturas (que sequer podem conferir suporte material a qualquer imputação), **simples** declarações pessoais, **desacompanhadas** de quaisquer **outros** elementos indiciários que as possam corroborar, **não se revestem**, em sede judicial, de idoneidade jurídica, **nem legitimam**, em consequência, **a instauração** de persecução penal.

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

Não questiono, Senhor Presidente, a eficácia probante dos indícios, **mas enfatizo** que a prova indiciária - **ainda que para viabilizar** um juízo prévio de admissibilidade da acusação penal - **deve** ser convergente e concatenada, **não excluída** por contra-indícios, **nem** abalada ou neutralizada por eventual dubiedade que possa emergir das conclusões a que tal prova **meramente** circunstancial dê lugar, **sob pena** de o acolhimento judicial desses elementos probatórios indiretos, **quando** precários, inconsistentes ou impregnados de equivocidade, **importar em incompreensível transgressão** ao postulado constitucional da não-culpabilidade.

Disso decorre, portanto, Senhor Presidente, que, com base em simples e unilaterais alegações pessoais, ou com apoio em mera suspeita, **ninguém pode** ser legitimamente processado em nosso sistema jurídico, tal como **já o reconheceu** este Supremo Tribunal Federal:

"Inquérito. Queixa-crime. Alegações desapoizadas de indícios ou suspeitas fundadas. Juízo de delibação. Condição de procedibilidade (inexistência). Inviabilidade. Rejeição da queixa-crime e arquivamento do inquérito."
(Inq 112/SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER - grifei)

"Queixa-crime.
- **Tratando-se de ação penal privada, sua análise, na fase de recebimento ou não dela, se circunscreve ao crime que é apontado na queixa como praticado pelo querelado.**

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

acompanhada de um mínimo de provas que demonstrem a sua **viabilidade**" (grifei).

Irrepreensível, sob tal aspecto, o magistério de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO ("Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. I/475, item n. 106, 2000, Bookseller), para quem "(...) **não é tolerável** haja, na **queixa** ou na **denúncia**, **abstração completa** dos elementos de convicção, aos quais se faz referência (...). Isso, porque é elementar, em processo criminal, que a **denúncia** ou **queixa** deve **apresentar-se devidamente instruída**" (grifei).

Não ignoro, Senhor Presidente, que a **exigência** de instrução probatória da peça de acusação penal **deve ser mitigada** quando se tratar, **como no caso**, de delitos contra a liberdade sexual, **os quais**, por sua natureza mesma, **não se apresentam** de modo ostensivo.

Também não desconheço, Senhor Presidente, que o delito de assédio sexual, em particular, traz **profundas** dificuldades no que se refere à efetiva demonstração de sua ocorrência, **tal como o tem reconhecido** o magistério da doutrina (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., "Comentários ao Código Penal", p. 723, item n. 1, 7ª ed., 2002, Saraiva; JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, "Acoso Sexual en las Relaciones

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

Laborales", p. 61, item n. 19, 1995, Editorial Astrea; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, **"Assédio sexual: Contribuição Jurídico-Normativa da Globalização"**, in **"Assédio Sexual"**, coord. de DÁMASIO E. DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES, p. 38/39, item n. 9, 2002, Saraiva).

Todas essas peculiaridades inerentes aos delitos contra a liberdade sexual, em geral, e ao crime de assédio sexual, em particular, **não podem afastar**, no entanto, como **precedentemente** já enfatizado, o **prévio** controle judicial da validade e da legitimidade da instauração de **determinado** procedimento penal condenatório, **eis que**, conforme **corretamente** acentuado por RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA ("O novo delito de assédio sexual", in "Repertório IOB", caderno 3, n. 18.340), **"acima da palavra da vítima há o princípio da presunção de inocência do acusado, de forma que aquela deverá ser corroborada por um mínimo de lastro probatório (...)"** (grifei).

No caso destes autos, **não posso deixar de reconhecer**, com a devida vênia, a absoluta **falta** de justa causa da **presente** queixa-crime, **que deixou de ser instruída** com elementos probatórios **mínimos**, cuja presença - **ao respaldar**, ainda que em sede de **sumária** cognição, as alegações unilaterais e isoladas da ora querelante - **pudesse** representar **um início consistente** de elementos informativos evidenciadores da materialidade e da **possível** autoria do fato delituoso descrito na peça acusatória.

157

Supremo Tribunal Federal

Inq 2.033 / DF

Sendo assim, pelas razões expostas, peço vênia para, ao acompanhar o voto do eminente Relator, rejeitar, por ausência de justa causa, a presente queixa-crime.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a long, horizontal, slightly wavy line.