

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JHONATA GOULART SERAFIM

**AS MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: APONTAMENTOS
HISTÓRICOS E ATUAIS DA INTERPRETAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, A
PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA
CATARINA (2009-2014), SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA.**

CRICIÚMA

2014

JHONATA GOULART SERAFIM

**AS MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: APONTAMENTOS
HISTÓRICOS E ATUAIS DA INTERPRETAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, A
PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA
CATARINA (2009-2014), SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. (ª) Msc. Monica Ovinski
Camargo Cortina

CRICIÚMA

2014

JHONATA GOULART SERAFIM

**AS MULHERES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: APONTAMENTOS
HISTÓRICOS E ATUAIS DA INTERPRETAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, A
PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA
CATARINA (2009-2014), SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Criminologia.

Criciúma, 11 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Monica Ovinski Camargo Cortina - Mestre - (UNESC) - Orientadora

Prof. Jackson da Silva Leal - Mestre - (UNESC)

Prof. Valter Cemolin - Mestre - (UNESC)

Dedico aos pesquisadores de gênero.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus ter permitido a concretização de mais esta missão.

Depois, e não menos importante, agradeço imensamente meus pais pela paciência e tolerância para com a fase exaustiva e instigante que é a conclusão de uma monografia. Também a minha irmã pela revisão deste trabalho, bem como pelo grande incentivo para que pudesse seguir as ciências jurídicas.

Especificamente sobre o presente trabalho, agradeço a Professora e orientadora Monica Ovinski por ter abraçado minha missão de estudar o gênero no âmbito do Direito Penal. E juntamente com ela, também fico grato aos Professores Jackson e Valter por terem também contribuído para o enriquecimento desta monografia.

E por fim, agradeço aos amigos que ganhei durante os anos que passei na universidade.

“Não se nasce mulher, torna-se mulher”

Simone de Beauvoir

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo central realizar apontamentos históricos e atuais da interpretação do crime de estupro, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2009-2014), sob a perspectiva da Criminologia Feminista. Para tanto, a pesquisa analisou as definições teóricas da categoria de gênero, os movimentos feministas e a formação da criminologia feminista. Também procedeu-se o levantamento histórico do contexto político-econômico e legislativo do direito penal brasileiro com início na primeira codificação criminal de 1830 até o vigente (Código Penal de 1940) e, por fim, realizou-se a coleta de dados no acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A presente monografia teve como método o dedutivo, em pesquisa do tipo teórica, qualitativa, com pequena etapa quantitativa para a coleta dos acórdãos sobre estupro (art. 213, *caput*, do Código Penal) no período compreendido de 2009 (última mudança legislativa) até início do mês de setembro de 2014. Os resultados obtidos apontam para os avanços da jurisprudência catarinense ao valorizar os relatos da vítima como meio de prova e ao considerar irrelevante a conduta moral da vítima no momento de averiguação da culpa do agressor. Entretanto, o estupro representa claramente um meio de exercício de poder e humilhação empreendida pelos homens contra as mulheres, como forma de subjugar e dominar as mulheres. Além disso, observou-se uma cultura punitivista na primeira instância do judiciário catarinense, bem como a existência de diferenciações sexistas pela doutrina jurídica que insiste, mesmo veladamente, em diferenciar mulher honesta da desonesta.

Palavras-chave: Gênero. Criminologia. Estupro.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
MP	Ministério Público
PC	Polícia Civil
CP	Código Penal
CF	Constituição Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 GÊNERO, FEMINISMOS E CRIMINOLOGIA FEMINISTA.....	13
2.1 Feminismo(s).....	13
2.2 Gênero.....	14
2.3 Criminologia Crítica.....	32
2.4 Criminologia Feminista.....	39
3 BREVE RELATO HISTÓRICO: ECONÔMICO, POLÍTICO E SOCIAL; FORMAÇÃO DO ARCABOUÇO JURÍDICO PENAL NO BRASIL, COMO O DIREITO PENAL OBSERVAVA A MULHER E O CRIME DE ESTUPRO.....	47
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO BRASIL: OS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS E POLÍTICOS COM REFLEXOS NA SEARA JURÍDICA NACIONAL.....	47
3.1.1. Período Colonial.....	48
3.1.2. Período da Primeira República.....	55
3.1.3 A era Vargas.....	57
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO PENAL POSITIVADO NO BRASIL....	60
3.2.1 Das Ordenações Filipinas ao primeiro Código Criminal Brasileiro.....	60
3.2.2 O Primeiro Código da era Republicana.....	62
3.2.3. O Código Penal de Rocco e o Natimorto de 1969.....	64
3.3. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CRIME DE ESTUPRO.....	66
3.3.1. Estupro no Código Criminal de 1830.....	66
3.3.2 Estupro no Código Penal de 1890.....	68
3.3.3 Código Penal de 1940: o Código Fascista.....	75
4. DAS ESTATÍSTICAS SOBRE ESTUPRO NA JURISPRUDÊNCIA DE SANTA CATARINA.....	82
4.1 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS.....	82
4.2 DADOS QUANTITATIVOS DO CRIME DE ESTUPRO NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE À LUZ DE UMA ANÁLISE QUALITATIVA.....	83
4.3. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	103
4.4. CASOS ESPECIAIS DE ESTUPRO ENCONTRADOS.....	107
5.CONCLUSÃO.....	110
6. REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

Um dos crimes mais repudiados pela sociedade é o estupro, devido as suas consequências, que podem ser observadas instantaneamente, como a violência física e o trauma psicológico, bem como consequências para a saúde sexual e reprodutiva.

A recente história da legislação punitiva brasileira demonstra a iniludível aversão que os legisladores demonstram para com o crime de estupro. Não é por menos que há registros da previsão da pena capital para o delito, ou seja, a morte. Posteriormente, no século XIX, ainda as penas eram elevadas, porém não mais a morte, mas alcançavam desde o degredo até a prisão.

Todavia, o crime de estupro não se resume a um simples ato definido legalmente como ilícito, para o qual há a consequência da pena. Revela também subordinação, hierarquia e discriminação de gênero, notadamente quando praticado contra vítimas mulheres.

Neste contexto, o objetivo desta pesquisa é examinar o crime de estupro, através de uma perspectiva história e criminológica de gênero, buscando-se perceber os efeitos da discriminação de gênero presentes na definição legal do crime e na interpretação dada pelos estudiosos do direito penal e pelo Poder Judiciário, geralmente homens, no passado e no presente.

Para cumprir com o objetivo proposto, o presente trabalho está dividido em três capítulos: o primeiro será uma revisão bibliográfica sobre conceitos de gênero e feminismos, bem como de Criminologia Crítica para se chegar a uma Criminologia Feminista. No segundo capítulo, far-se-á uma breve contextualização histórica, política e econômica do Brasil, passando pelo desdobramento do Direito Penal até se chegar as codificações criminais brasileiras de 1830, 1890 e a atual, de 1940. Encerrando-se com as distintas previsões históricas legais do crime de estupro até sua última mudança legiferante, ocorrida em 2009. O terceiro capítulo apresenta a análise criminológica de gênero do crime de estupro no presente, a partir da visão e da interpretação dada pelos(as) magistrados(as) catarinense. E para isso, buscou-se suporte no acervo jurisprudencial elaborado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina tendo como termo inicial agosto de 2009 a início de setembro de 2014.

A relevância social do presente tema está primeiramente pelo fato de existirem poucos trabalhos na área da Criminologia Crítica sob o enfoque de gênero, talvez pelo fato de as pesquisas jurídicas acadêmicas priorizarem a dogmática jurídica em vez de se buscar desvendar e revelar a interpretação judicial dada aos crimes sexuais, como o estupro. Em segundo lugar, é importante constatar que a dominação masculina não se apresenta explícita somente em determinados momentos sociais como na diferenciação salarial, mas também no âmbito criminal, mais precisamente nos crimes sexuais. Portanto possui esta pesquisa, além dos objetivos acima expostos, verificar se a hierarquia de gênero é exercida nos crimes sexuais, mais especificamente no estupro.

Esta pesquisa contará com dois momentos metodológicos distintos. Inicialmente com método dedutivo e histórico, de cunho exclusivamente bibliográfico, a partir da revisão bibliográfica sobre a categoria de gênero, os feminismos e a recente elaboração teórica da Criminologia Feminista, de vertente crítica. Logo após, com método histórico focado no contexto histórico-econômico e político do Brasil, abrangido no período de 1830 até 1940, com a entrada em vigor do atual Código Penal de 1940, e histórico do crime de estupro. E posteriormente, a pesquisa contará com etapa quantitativa e qualitativa, com a coleta e análise de dados sobre o crime de estupro extraídos da jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina nos idos de 2009 até 2014.

2 GÊNERO, FEMINISMOS E CRIMINOLOGIA FEMINISTA.

Neste capítulo, examinar-se-á a parte conceitual do presente tema. Portanto, primeiramente, tecer-se-ão considerações acerca dos Feminismos, que englobam vários movimentos feministas, ou “ondas”. No segundo momento, será explorado o conceito de Gênero, estudando-o tanto como um significado como uma categoria de análise. Na terceira parte do capítulo, fazendo uma ligação com as ciências criminais e a vitimização da mulher no crime de estupro, partir-se-á para os estudos sobre a Criminologia e principalmente sobre um breve relato sobre a história da Criminologia, até se defrontar com a Criminologia crítica.

Por fim, para fechar o primeiro capítulo, algumas páginas serão dedicadas à Criminologia Feminista, tentando-se perceber quais as perspectivas e vitórias das correntes criminológicas feministas.

Esta parte inicial do trabalho se mostra relevante pelo fato de que através das teorias e conceitos aqui abordados – feminismos, Criminologia crítica, e Criminologia Feminista – será constituído um marco teórico sob o qual serão analisados tanto a evolução histórica do direito penal e do crime de estupro no seu especial olhar de gênero (no segundo capítulo), como, na terceira parte, a jurisprudência atual sobre a aplicação do crime de estupro, com o intuito de perceber se os ranços preconceituosos e estereotipados, no que versa sobre o gênero, ainda persistem e atuam nos meandros do sistema penal.

2.1 FEMINISMO(S)

Os estudos sobre os feminismos – adiante se explicará a razão da expressão no plural – no que se refere ao estudo da categoria gênero e também da Criminologia feminista se fazem relevantes, pois estes movimentos sociais se apresentam como importante meio difusor das lutas feministas. Logo, os movimentos sociais de cunho feminista se apresentam como espaços de discussão/reflexão para a formulação organizada de programas de reivindicações feministas, além neles se poder empreender maior pressão política perante as instituições estatais como o legislativo, o executivo e o judiciário.

Numa primeira visão, o(a) leitor(a) pode estar se perguntando, porque o

presente trabalho começa apresentando o feminismo para posteriormente escrever sobre o conceito de gênero, parecendo, numa visão *prima facie*, que a ordem de conceitos está invertida.

Esta aparente “inversão” se faz necessária para que exista uma sincronização nas abordagens que se seguirão neste trabalho. Carla Marrone Alimena explica que os *feminismos* se apresentam em três ondas principais, sendo que a segunda analisa o gênero como categoria. Por sua vez, a historiadora Joan Scott, principal referência no que tange aos estudos de *gênero*, apresenta este como uma categoria de análise, sendo, portanto, integrante da segunda onda dos feminismos de Alimena. Logo, primeiro se apresentam as “ondas” dos feminismos para depois perceberem-se as peculiaridades de cada uma delas.

Depois destas explicações iniciais, essenciais para que o(a) leitor(a) se situe no texto, interessante abordar sobre o movimento feminista, em seu aspecto *lato sensu*, ou seja, buscando-se primeiramente um conceito popular e de fácil acesso da grande massa sobre feminismo, para posteriormente adentrar-se mais especificamente nos movimentos feministas. É, para isso, importante se observar como o dicionário apresenta o termo feminismo, e como exemplo, tem-se o mini Aurélio: “Movimento favorável à equiparação dos direitos civis e políticos da mulher aos homens” (FERREIRA, 2000, p. 317), ou seja, o significado que predomina no dicionário é o de que o movimento feminista tem por ideal a política de igualdade de direitos civis e político com os homens. As linhas que seguem apresentam o conceito de feminismo que vai muito além do apresentado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.

Sobre o eventual início do feminismo como movimento, Carla Marrone Alimena argumenta que é impossível existir um único movimento feminista centralizado devido ao fato de que existem diferentes feminismos e, por este motivo, também não é possível precisar quando teve início o movimento feminista. (ALIMENA, 2010, p. 05).

Ainda sobre a história, a autora escreve que os feminismos surgiram diante da percepção da desigualdade de tratamento entre homens e mulheres em algum momento do passado, o que se entenderia por ser homem ou ser mulher. Neste passo, entende que também é indefinido este momento de distinção:

A eterna persistência, em todas as épocas e gerações, de questionamentos a respeito de que “são” homens e mulheres, e, por conseguinte, do que seria “adequado” em termos de comportamento para cada sexo, demonstra a impossibilidade de marcar linearmente na história o momento preciso em que alguém provocou a primeira ruptura, a primeira dissonância subversiva, no que se refere a uma ordem relativa a sexo-gênero-sexualidade. Não há como buscar no passado quem foi exatamente o(a) primeiro(a) feminista. (ALIMENA, 2010, p. 6).

Alimena, neste momento, reforma ainda mais sua tese da existência de movimentos feministas, e não a existência de um movimento único, organizado. Além da indefinição dos feminismo quanto a origem, também há indefinição quanto ao espaço, visto que não existe, segundo a citada autora, uma dominação masculina universal, conforme assevera no seguinte trecho de sua obra:

[...] pode-se perceber, de maneira nada exaustiva, uma pluralidade de formatos de organização sexual existentes no tempo e no espaço. A ideia de que houve uma dominação masculina universal e contínua ao longo da história e, por conseguinte, a ideia de sua ruptura num ponto exato no desenrolar de uma mesma história é característica de uma forma moderna de concepção temporal, na qual os fatos estão inseridos numa ordem (crono)lógica, convergindo em direção a um futuro coerente. (ALIMENA, 2010. p. 11).

Portanto, a autora conclui que a visão da existência de um movimento feminista uniforme e linear fora construído por uma *forma moderna*, para assim dar sentido cronológico - evolução histórica - ao movimento feminista, o que não existe, em sua visão, criando assim o sistema de feminismos por “ondas”. Naquela visão moderna linear sobre o movimento feminista, Alimena alega que teria se iniciado em fins do século XVIII, durante a Revolução Francesa, segundo perspectivas francesas e americanas (ALIMENA, 2010, p. 12-13).

Como exposto, Alimena confirma que não existe o movimento feminista, mas movimentos feministas, e para melhor explicar o desenvolvimento destas correntes feministas, criou-se termo identificado como “ondas”:

Partindo-se do pressuposto da ausência de origem e da multiplicidade dos feminismos, propõe-se, como forma de observar seus desdobramentos teóricos ocorridos a partir do século XX, a metáfora das ondas. [...] possibilita que se discorra acerca dos feminismos consideradas suas fases diferentes, sem que essas sigam a sucessão bem delimitada da cronologia linear, de forma analógica ao imaginário sociocultural. (ALIMENA, 2010, p. 18-19).

As “ondas” ajudam a representar os feminismos que são, ao mesmo

tempo, distintas em sua origem e caminhar, explicando ainda, que estas ondas continuam ativas até os dias de hoje. Mas afinal de contas, quantas existem e quais são as ondas que representam os feminismos?

Carla Marrone Alimena assevera que existem, no momento, três ondas, ou movimentos feministas. Sobre a primeira, que tem como principal característica a *Igualdade*, aborda que esta:

Relaciona-se a primeira onda feminista com a *igualdade*, e geralmente a associa-se ao feminismo de perspectiva liberal. Seu foco teórico-político é direcionado para a autonomia e liberdade de escolhas individuais para ambos os sexos. Ressaltam-se as semelhanças entre homens e mulheres, privilegiando-se a busca por mudanças no sentido de expansão dos direitos, a fim de incluir o sexo feminino, facilitando sua entrada na esfera pública. São características dessa onda, lutas políticas: a) contra discriminações sexuais; b) em busca de acesso igualitário à educação e ao trabalho; c) favoráveis à igualdade dos cônjuges e ao divórcio; d) em prol da liberdade sexual, à contracepção e ao aborto (ALIMENA, 2010, p. 19-20).

Nesta onda, as feministas buscam privilegiar o princípio esculpido pela ideologia liberal da revolução francesa, a igualdade, buscando mostrar que as mulheres devem ter reconhecidos os mesmo direitos conferidos aos homens, principalmente os direitos da esfera pública. Dentre os direitos da esfera pública, estão: direito de votar e ser votada, e obter a educação formal, do trabalho fora do lar e liberdade sexual, entre outros. Sobre a separação entre a esfera privada e pública, importante a reflexão do Criminólogo italiano Alessandro Baratta, em texto no qual escreve sobre o feminismo:

Para compreender o mecanismo geral de reprodução do *status quo* da nossa sociedade, contemporaneamente patriarcal e capitalista, faz necessário ter presente não apenas a importância estrutural da separação entre esfera pública e privada, mas, também, da complementaridade dos mecanismos de controle próprio dos dois círculos. (BARATTA, 1999, p. 47-48).

Baratta ressalta que a participação ou acesso à esfera pública (trabalho, educação, direitos públicos como o votar e se votado) foi concebida somente para os homens e que somente era reservada a esfera privada às mulheres, ou seja, o resguardo do lar e dos afazeres domésticos. O direito, seu âmbito de análise, restringe o acesso das mulheres ao âmbito público, sobrando a estas âmbito privado, quando, por exemplo, não oportuniza a elas abrir uma empresa ou exercer plenamente os atos da vida civil.

A segunda onda tem como peculiaridade ressaltar a diferença *de* gênero, denunciando a dominação masculina. Conforme Alimena:

Temas como estupro, assédio sexual, pornografia e violência doméstica são o principal foco teórico-político do debate. A polarização masculino-feminino (guerra dos sexos) é típica dessa onda, que incorpora o gênero com categoria, encarando a interação entre os sexos de forma relacional. O Estado (e por consequência o sistema legal) é visto como um instrumento masculino de dominação, sendo necessárias mudanças estruturais bem como políticas e direitos especiais em razão do gênero para “empoderar” as mulheres. (ALIMENA, 2010, p. 20).

Se na onda anterior tinha-se como objetivo a busca pela igualdade de direitos, esta onda tem como referência a denúncia da disparidade entre os sexos. Aqui aparecem os ideais marxistas que apresentam como a diferenciação está diretamente ligada à questão do patriarcalismo e inserida na sociedade como uma ferramenta apropriada para servir ao capitalismo exploratório. Esta onda também tem como característica a crítica à onda anterior, ao ideal de igualdade do liberalismo, e apresenta o gênero como uma categoria de análise (ALIMENA, 2010, p. 20-21) ¹.

Por fim, Alimena encerra sua explanação sobre as “ondas” dos feminismos dissertando acerca do terceiro viés - a *diversidade*:

A terceira onda feminista é identificada como o estágio da *diversidade*. A comparação entre homens e mulheres é menos evidente, sendo a questão da pluralidade das próprias mulheres o foco deste estágio. Considera-se que a opressão pode se dar de múltiplas formas, dependendo das intersecções de raça, classe, sexualidade e outros diversos fatores com o gênero. A crítica a essencialismos e reducionismos de gênero, bem com as perspectivas pós-modernas são características desta onda. (ALIMENA, 2010, p. 21).

Nos termos apresentados por Carla Marrone Alimena, esta onda tem na *diversidade* sua principal peculiaridade. Contudo, assevera que é necessário incluir, no discurso do gênero, outros fatores de discriminação, como: racial, classe e sexualidade. Aliás, na obra “Estupro: crime ou cortesia”? abordagem sociojurídica de gênero”, as autoras - Pimentel, Schritzmeyer e Pandjjarjian – vão ao encontro do pensamento de Alimena, discorrendo que:

¹ O próximo tópico desta pesquisa – conceito de gênero - será privilegiado o estudo do gênero como categoria de análise, bem como a análise sobe as perspectivas do materialismo histórico marxista e do patriarcado.

O gênero, assim, deve ser entendido na sua concepção relacional, enquanto variável de análise que, somada também às variáveis raça/etnia e classe social constituem, no entender de Saffioti, os três pilares fundantes da sociedade. São, portanto, “fundantes as relações sociais, pois regulam as relações homem-mulher, as relações homem-homem, e as relações mulher-mulher”. (PIMENTEL, SCHRITZMEYER, PANDJIARJIAN, 1998, p. 24-25).

Ou seja, a opressão das mulheres deve ser interrelacionada com as também variáveis de raça e etnia, pois estas também são determinantes na dominação perpetuada pelos masculinos. Alessandro Baratta, no texto referido, já argumentava que é importante para se superar as formas de dominação a aliança de todos os excluídos, não só de gênero, mas de etnia, de classe, de raça. (BARATTA, 1999, p. 63). Em suma, a transversalidade de lutas.

Ainda sobre o paralelo com outros fatores de dominação, a historiadora e feminista Joan Scott acrescentou que as feministas, para reescreverem uma nova história, resolveram evocar estes três eixos, para assim, além de visualizar as narrativas dos oprimidos e das formas de opressão, entender que as desigualdades de poder tangenciam os eixos de gênero, raça e classe. (SCOTT, 1995, p. 73). Noutro vértice, centrado no âmbito do Direito Penal, a Criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade reflete que: “As criminólogas feministas irão sustentar, pois, que a gênese da opressão das mulheres não pode reduzir-se à sociedade capitalista, pois, se esta oprime à mulher, sua opressão é anterior e distinta, produto da estrutura patriarcal da sociedade.” (ANDRADE, 2003, p. 93). Segundo a avalizada autora, a opressão de gênero é anterior a opressão de classe, visto que aquela começa em casa, no seio familiar.

Em arremate, naquela última citação do texto de Alimena, aparece a crítica que Alessandro Baratta realizou aos movimentos feministas, discorrendo que continuar com a identidade feminina seria reducionista e ineficaz para a superação das desigualdades de gênero. Para Baratta: “O movimento feminista foi conquistando clareza teórica e força política na medida em que buscou a concretude da variável do gênero na relação com outras variáveis sociais, e em que definiu a questão feminina como a questão humana *tout court*.” (BARATTA, 2003, p. 68), ou seja, para este, os movimentos feministas, ou o feminismo como sustenta Alimena, deveriam abraçar a causa da luta pela questão humana, e não só feminina.

Sobre a interação entre as ondas, nas palavras da citada escritora: “Os

discursos não se superaram, no que se chama de era pós-feminina, eles convivem todos juntos, misturam-se, dissipam-se e ganha novos sentidos, o que não significa, de modo algum, que desapareçam: eles apenas deslocam-se” (ALIMENA, 2010, p. 22), portanto, as três ondas seguem vivas até a contemporaneidade.

Ainda sobre o movimento feminista sob a perspectiva de “ondas”, outra autora, agora a norte-americana Nancy Fraser faz referências à segunda onda do feminismo. Neste texto, Fraser faz um relato da origem desta onda, relato este se referindo especificamente aos movimentos feministas da Europa e dos Estados Unidos:

Fomentada pelo radicalismo da Nova Esquerda (New Left), essa onda do feminismo começou como um dos novos movimentos sociais que desafiaram as estruturas normatizadoras da socialdemocracia pós-Segunda Guerra. Originou-se, em outras palavras, como parte de um esforço maior para transformar o imaginário político economicista que tinha centrado a atenção em problemas de distribuição entre as classes. (FRASER, 2007, p. 293).

Como já mencionado no texto de Carla Marrone Alimena, esta onda teve como principal apoiador político a esquerda, representada pelo marxismo, que tinha como objetivo a denúncia da discriminação de gênero no bojo da forma capitalista de exploração de classe. Todavia, diferentemente do entendimento de Alimena, que não emitiu opinião sobre a origem histórica das ondas por considerar que elas não possuíam uma linearidade histórica, Fraser determinou sua origem a partir do momento pós-segunda guerra, ou seja, em fins da década de 1940 e início da década de 1950 e, por consequência, que a primeira onda é anterior à pós-segunda guerra mundial.

A feminista Nancy Fraser divide a segunda onda em três fases. Sobre a primeira, escreve que:

Nessa primeira fase (novos movimentos sociais), feministas buscaram ampliar o seu imaginário. Ao exporem uma ampla gama de formas de dominação masculina, feministas sustentaram uma visão expandida da política que incluísse “o pessoal”. Mais tarde, no entanto, com o declínio das energias utópicas da Nova Esquerda, os *insights* anti-economicistas foram ressignificados e incorporados em um novo imaginário político que colocou questões culturais em primeiro plano. (FRASER, 2007, p. 293).

A primeira fase encontra-se na efervescente década de 1960 do século XX, com crítica à sociedade de consumo, à discriminação racial nos EUA e à guerra

do Vietnã, e na qual as feministas, apoiadas pelas novas esquerdas, vinham denunciando a discriminação de gênero e defendiam a autonomia feminina (FRASER, 2007, p. 295), ou seja, uma prevalência na igualdade social ou também de uma política redistributiva da riqueza. Fraser argumentou que esta fase entrou em declínio com a também crise da esquerda oriunda do fim da União Soviética.

Sobre a segunda fase, Fraser assim escreveu:

Nessa segunda fase, o feminismo se preocupou com a cultura e foi atraído para a órbita da política de identidade. Apesar de o feminismo não ter sido notado àquela época, a sua fase de política de identidade coincidiu com um desdobramento histórico mais amplo: o esgarçamento da democracia social baseada na idéia de nação graças à pressão do neoliberalismo global. Sob tais condições, uma política de reconhecimento centrada na cultura não poderia ser bem-sucedida. (FRASER, 2007, p. 293).

Nancy delimitou a segunda fase com o surgimento do neoliberalismo econômico no início da década de 1990 do século XX e:

[...] a segunda fase enfatizou a necessidade de “reconhecer a diferença”. “Reconhecimento”, assim, tornou-se a principal gramática das reivindicações feministas no *fin-de-siècle*. Uma categoria venerável da filosofia hegeliana ressuscitada por cientistas políticos, essa noção capturou o caráter distintivo das lutas pós-socialistas, que freqüentemente tomavam a forma de uma política de identidade, visando mais a valorização da diferença do que a promoção da igualdade. (FRASER, 2007, p. 296).

Portanto, com a crise das ideologias marxistas e o surgimento do neoliberalismo, o feminismo passou de uma política igualitária para uma política de *reconhecimento da identidade* feminista, ou seja, de reconhecimento da diferença feminina, tendo como aliados os governos social-democráticos. Foi nesta fase, da diferença conforme Fraser, que houve a denúncia à violência contra a mulher como forma de domínio masculino (FRASER, 2007, p. 296). Também foi nesta fase o surgimento do fenômeno da globalização, que aproximou e tornou os movimentos sociais mais atuantes e evidentes (FRASER, 2007, p. 298). Fraser explica a terceira e última fase da segunda onda no seguinte trecho:

Principalmente o feminismo estadunidense não estava preparado para as alterações dramáticas no horizonte político após o 11 de Setembro. Na Europa e em outros lugares, contudo, feministas descobriram, e estão destramente explorando, novas oportunidades políticas nos espaços políticos transnacionais no nosso mundo que se globaliza. Logo, estão mais uma vez reinventando o feminismo – desta vez como um projeto e um processo de política transnacional. (FRASER, 2007, p. 293-294).

Novamente, Fraser delimitou linearmente a terceira fase no evento ocorrido em 11 de setembro de 2011, dia este marcado por ataques terroristas aos EUA. Para a autora, a partir deste momento, o movimento feminista encontrou espaços maiores para os debates, caracterizando-se pela transnacionalidade. Para Fraser, a transnacionalidade se apresenta pelo fato de que as desigualdades de gênero, a partir do contexto histórico da segunda fase, tornaram-se globalizadas, e a discriminação começou a ultrapassar as fronteiras das nações e até mesmo dos continentes. Por isso, as lutas deveriam acompanhar a evolução para que os movimentos feministas nacionais não fossem engolidos pelas forças estatais, agora também, globalizadas. (2007, p. 303).

Em que pese o discurso da transnacionalidade, Fraser explica que nos EUA o movimento feminista perdeu terreno para o medo, surgido com os ataques terroristas de 11 de setembro:

A estratégia da campanha de Bush pintou a “guerra contra o terror” como uma questão de liderança, à qual se referia em termos explicitamente de gênero. Mobilizando estereótipos masculinos, Bush cultivou a imagem de um chefe de Estado tranqüilizadamente firme e determinado, um protetor que nunca demonstra dúvida ou hesitação – em resumo, um homem de verdade. (FRASER, 2007, p. 300).

Portanto, com o medo causado à população pelos ataques terroristas, o governo norte-americano incentivou a figura masculina, do chefe protetor da família, em detrimento do elemento feminino, tornando isso uma importante ferramenta de conquista do eleitorado para as eleições posteriores. (FRASER, 2007, p. 300). A autora ainda esclarece que esta política machista e antifeminista foi essencial para esconder a implantação de uma política neoliberal e conservadora de não redistribuição.

Diante da sensação de medo, cresceu nos EUA o movimento evangélico:

Muitos observadores notaram que a direita teve algum sucesso em mostrar as feministas dos Estados Unidos como profissionais de elite e humanistas seculares que desprezam as mulheres comuns, especialmente as trabalhadoras e religiosas. Até certo ponto essa visão do feminismo como elitista é patentemente falsa, claro, mas o fato é que o feminismo falhou ao tentar alcançar estratos das mulheres trabalhadoras e de classe baixa, atraídas na última década para a cristandade evangélica. (FRASER, 2007, p. 301).

Portanto, segundo Fraser, além de o movimento feminista receber críticas por parte dos neoliberais, o feminismo norte-americano perdeu espaço para as crenças religiosas, que angariaram maior apoio entre as mulheres das classes mais baixas (FRASER, 2007, p. 301).

Por fim, Nancy Fraser elenca os desafios da terceira fase do movimento feminista da segunda onda no seguinte trecho:

Chamo essa terceira dimensão de *representação*. Como a entendo, representação não é apenas uma questão de assegurar voz política igual a mulheres em comunidades políticas já constituídas. Ao lado disso, é necessário reenquadrar as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos. Logo, ao contestar o mau enquadramento, o feminismo transnacional está reconfigurando a justiça de gênero como um problema tridimensional, no qual redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integrados de forma equilibrada. (FRASER, 2007, p. 305).

A autora denominou a atual terceira fase de *representação*, ou seja, momento de dar mais voz às mulheres. Todavia, pondera que nesta atual fase devem estar presentes as características das outras fases, quais sejam: redistribuição, reconhecimento. Inclusive, Fraser cunhou a expressão “mau enquadramento” justamente por argumentar que na segunda fase não foram enquadradas as duas formas de combate as desigualdade existentes, ou seja, somente se enquadrou o reconhecimento e esqueceu-se da redistribuição, sendo este o principal erro da segunda fase, não ter aliado as políticas da redistribuição ao reconhecimento. Já quase no fim de seu texto, Fraser ainda exclama sobre a necessidade de interação do movimento feminista com outros movimentos transnacionais progressistas, como o ambientalista e o indígena (FRASER, 2007, p. 305).

A perspectiva dos feminismos em ondas, sem dúvidas, é a classificação mais recente. Todavia, outras autoras procuram definir os feminismos de outras formas. Tem-se, por exemplo, a classificação dada pela Criminóloga Vera Regina de Andrade no texto “Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização”, em que aborda questões relacionadas entre feminismos e Sistema Penal:

Pode-se constatar que o movimento feminista se debate, de longa data, em, torno de duas vias mestras e um dilema básico: devemos buscar a igualdade ou devemos marcar, precisamente, a diferença em relação ao

“masculino” Seja como for, tanto na busca da igualdade ou da diferença, ambas ancoradas na luta pela emancipação feminina, o momento não fala uma só voz tendo se mostrado dividido, em diversos lugares do mundo, na sua opção em recorrer ou não ao sistema penal para proteger as mulheres (ANDRADE, 2003, p. 82).

Como já havia sido observado por Alimena e Fraser, Andrade também observou a existência de *feminismos* ao escrever que estes possuem uma vertente que defende a igualdade e outra que defende a diferença. Além da divisão entre feminismo da igualdade e feminismo da diferença, Vera Regina, como Criminóloga, entende que alguns ramos destas feministas defendem a utilização do sistema penal como instrumento de proteção e outras já o abominam. Aliás, este tema será observado com mais profundidade no tópico que aborda a questão da Criminologia Feminista.

Após um breve estudo sobre as ondas feministas e os feminismos em um sentido *lato sensu*, importante nestes instantes finais apresentar algumas considerações acerca dos feminismos no Brasil. Sobre os feminismos brasileiros, calha a importância da contribuição de Carmen Hein de Campos no intitulado texto “A Contribuição da Criminologia Feminista ao Movimento de Mulheres no Brasil”, e como fez Vera Regina, apresenta aproximações sobre a criminologia e os feminismos. Sobre o início do movimento feminista, Carmen Hein de Campos explana que:

O movimento feminista no Brasil vem-se construindo desde longa data, mas é a partir dos anos setenta que se reestrutura. O ano de 1975 foi, por iniciativa da ONU, considerado o Ano Internacional da Mulher. Neste mesmo ano, no Rio de Janeiro, é realizado o primeiro encontro feminista, nascendo o grupo feminista Centro da Mulher Brasileira. Em outubro do mesmo ano surge o jornal *Brasil Mulher*, em 1976, o jornal *Nós Mulheres* e, em 1981, o jornal *Mulherio*. A partir daí o movimento feminista ganha força e visibilidade. As mulheres se articulam e propõem pautas ao legislativo e executivo, diante das eleições de 1982. (CAMPOS, 2003, p. 133).

Portanto, como escreve Carla Alimena anteriormente, é impossível se precisar quando teve início o movimento no Brasil, todavia, explica que este ganhou maior notoriedade a partir de fins da década de 1970 e início da década de 1980. Importante notar que este período histórico coincide com a derrocada do Regime Militar brasileiro, comprovando que este regime político repressor contribuía para a menorização das reivindicações feministas. Nota-se, como observado no início do presente tópico, a importância dos Movimentos Sociais de cunho feminista perante

os órgãos estatais de governo.

Outro aspecto interessante sobre a questão dos feminismos é a do colonialismo que há dentro deles no que se referem às bases teóricas, que muitas vezes são importadas da Europa e principalmente dos EUA, identificado por Soraia Mendes como um “feminismo hegemônico”. Soraia apresenta que um dos efeitos desta colonização é a de considerar a mulher sempre como a oprimida, a vítima e objeto de exploração. Desta forma, não observam que a mulher é um ser ativo, consciente de si e de suas atitudes, ou seja, um ser humano com dignidade e que pode falar por si (MENDES, 2012, p. 115-116).

Como fechamento deste tema, e depois de observados os principais olhares sobre os feminismos, tanto brasileiro como internacional, pode-se concluir que não existe um movimento feminista único, mas sim movimentos feministas ou feminismos, que permanecem ativos e se relacionam reciprocamente, como obtemperou Carla Alimena, mostrando o colorido que há no movimento feminista. Todavia, em que pese a diversidade de movimentos, tem-se que estes possuem um ideal em comum: a superação da ideologia da superioridade masculina.

2.2 GÊNERO

Depois de algumas considerações sobre o tema feminismo, ou feminismos, importante neste momento a conceituação sobre o termo gênero e sua aproximação com os estudos sobre mulheres. Como iniciado na primeira parte, interessante novamente buscar-se nesta segunda parte o conceito popular (acesso fácil da grande massa) de gênero, ou seja, o conceito exemplo trazido nos dicionários. O Minidicionário de Aurélio Buarque, dentre os significados para esta palavra, está o antropológico que é: “a forma como se manifesta, social e culturalmente, a identidade sexual dos indivíduos” (FERREIRA, 2000, p. 345), ou seja, Aurélio adianta que o gênero é construído social e culturalmente, portanto, não estão imunes as construções desiguais. Alessandro Baratta, no âmbito da criminologia, já ponderava que o problema está no fato de que as diferenças de gênero se deram não por questões biológicas, mas somente por questões sociais e culturais, que representam as relações desiguais de direitos entre os sexos. (BARATTA, 1999, p. 21).

A respeito do tema gênero, é importante a contribuição da historiadora e

feminista Joan Scott esboçada no artigo intitulado “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. Neste, Scott apresenta o gênero como uma categoria histórica e inicia seu texto apresenta a conceituação do que seria gênero:

Mais recentemente – demasiado recente para que pudesse entrar nos dicionários ou na *Encycloedia of Social Sciences* – as feministas começaram a utilizar a palavra “gênero” mais seriamente, num sentido mais literal, como uma maneira de se referir à organização social da relação entre os sexos. (SCOTT, 1995, p. 72).

Parecido com o conceito do dicionário de Aurélio, Scott apresenta que o gênero tem como objetivo a definição, diante de uma organização social, da relação entre os sexos: feminino e masculino. Além disso, explana que outro termo - *História das Mulheres* – tem por objetivo mostrar que as mulheres também são sujeitos históricos válidos, ao passo que o termo *gênero* possui, como *primeiro aspecto*, uma ligação direta com a busca de legitimidade acadêmica dos trabalhos feministas, e que foi acentuando-se principalmente na década de 1980 (SCOTT, 1995, p. 75).

Como *segundo aspecto*, Scott pondera que o termo “gênero” transparece a inexistência de diferenciação entre os sexos, sendo que qualquer informação referente ao sexo feminino também é automaticamente relativo ao masculino, quando se estuda a mulher também se está estudando o homem. Outrossim, o termo *gênero* propõe-se rejeitar as diferenciações biológicas discriminatórias de que a mulher tem a capacidade de dar à luz e o homem a força física superior (SCOTT, 1995, p. 75).

Como historiadora feminista, Scott mostrou-se preocupada com a forma como a historiografia vem tratando a questão do gênero, pois admite que aquela apenas procura uma abordagem descritiva, sem adentrar aos meandros da explicação das formas de dominação e discriminação de gênero, não apresentando, também, propostas de transformação (SCOTT, 1995, p. 74). Todavia, a autora argumenta que a categoria “gênero” não tem a prerrogativa de transformar e mudar os paradigmas históricos postos (SCOTT, 1995, p. 76).

Após as considerações acerca do gênero como categoria histórica analítica, Scott apresentou três abordagens principais no que tange ao estudo sobre o gênero, e as reduziu em três principais:

Os/as historiadores/as feministas têm empregado uma variedade de abordagens na análise de gênero, mas essas podem ser resumidas a três posições teóricas. A primeira, uma tentativa inteiramente feminista empenha-se em explicar o as origens do patriarcado. A segunda se situa no interior de uma tradição marxista e busca um compromisso com as críticas feministas. A terceira, fundamentalmente dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas de relação do objeto (*object-relation theories*), se inspira nestas diferentes escolas de psicanálise para explicar a produção e a reprodução da identidade de gênero do sujeito. (SCOTT, 1995, p. 77).

Ou seja, para Scott, a primeira abordagem tem como tema central o patriarcalismo, a segunda tem um viés de classe através do materialismo histórico marxista, e a última e mais atual, a corrente denominada psicanalítica, dividida entre os da teoria da relação com o objeto (anglo-americano) e pós-estruturalismo (francês).

Sobre a primeira das correntes, Scott elenca que:

A teoria do patriarcado têm dirigido sua atenção à subordinação das mulheres e encontrado a explicação dessa subordinação na “necessidade” masculina de dominar as mulheres. [...] O princípio da continuidade geracional restaura a primazia da paternidade e obscurece o trabalho real e a realidade social do esforço das mulheres no ato de dar à luz (SCOTT, 1995, p. 77).

Primeiramente, a autora apresenta, nesta abordagem, que a dominação masculina compreende-se da seguinte forma: o homem, além da força física, tem o papel de buscar sustento da família, cabendo à mulher a responsabilidade de sustentar os filhos no ambiente privado do lar doméstico. A “necessidade” de dominação masculina está no fato da necessidade de reprodução da espécie, de dar à luz, como reprodutora do legado do patriarca. Ainda nesta perspectiva patriarcal, Will Kylimcka explica que as mulheres eram consideradas inaptas às atividades econômicas e políticas (KYLIMCKA, 2006, p. 305), por isso, ficavam presas ao ambiente privado do lar com os cuidados com a prole e demais afazeres domésticos.

Sobre a segunda abordagem do marxismo tradicional, Scott escreve que:

Tanto no caso em que se propõe uma solução baseada no conceito de sistemas duais (que afirma a existência dos domínios separados, mas em interação, do capitalismo e do patriarcado), quanto no caso de uma análise baseada mais firmemente em discussões marxistas ortodoxas sobre os modos de produção, a explicação das origens e das transformações dos sistemas de gênero encontra-se fora da divisão sexual do trabalho. Famílias, lares e sexualidades são, no fim das contas, todos, produtos de modos cambiantes de produção. (SCOTT, 1995, p. 78).

Percebe-se, na transcrição acima, que a abordagem marxista de gênero não abandonou a abordagem patriarcal, visto que o patriarcalismo está fortemente ligado ao sistema capitalista de produção, já que a mulher tem o papel de cuidados com o ambiente recluso e privado do lar doméstico, enquanto o homem fica inteiramente dedicado ao seu trabalho. Portanto, para as marxistas, o machismo está subordinado às relações de mercado e produção capitalista. Joan Scott considera que esta abordagem apresenta problemas, pois acaba reduzindo o campo de análise e crítica de gênero à crítica ao sistema capitalista, tornando as relações de gênero como subproduto de estruturas econômicas cambiantes, sem a existência de uma análise de gênero independente (SCOTT, 1995, p. 80).

A última corrente de abordagem do gênero, psicanalítica, foi dividida por Joan Scott em duas vertentes: a da teoria da relação com o objeto (anglo-americana) e a pós-estruturalista (francesa). A historiadora feminista elenca o momento de encontro entre ambas:

Ambas as escolas (francesa e anglo-americana) estão preocupadas com os processos pelos quais a identidade do sujeito é criada, ambas se centram nas primeiras etapas do desenvolvimento da criança a fim de encontrar pistas sobre a formação da identidade de gênero. (SCOTT, 1995, p. 80).

As duas vertentes, segundo Scott, tendem seus esforços na construção social e cultural da identidade de gênero, desde a infância. Esta abordagem põem em dúvidas a explicação da dominação masculina preconizada pela abordagem do patriarcado:

Sem dúvida está implícito que os arranjos sociais que exigem que os pais trabalhem e as mães executem a maioria das tarefas de criação das crianças estruturam a organização da família. Mas não estão claras a origem nem as razões pelas quais eles estão articulados em termos de uma divisão sexual do trabalho. (SCOTT, 1995, p. 81).

Joan Scott explica que, muito embora seja clara a noção de que os pais saem para trabalhar e as mães ficam em casa para cuidarem dos filhos, tal modelo não é suficiente para mostrar como a divisão sexual do trabalho é criada. Pelo menos, no que tange às desigualdades de gênero no âmbito do trabalho, a abordagem do patriarcalismo não explica. Para os estudiosos da teoria psicanalítica, a linguagem possui essencial importância na formação da identidade da criança, que

acaba por apreendendo e incorporando os ideais e pressupostos desiguais entre os gêneros. Para tanto, estes buscam na teoria do Jacques Lacan a explicação do simbólico como critério formador da identidade (SCOTT, 1995, p. 81).

Ainda sobre a categoria pós-estruturalista, corrente esta adotada como um dos marcos teóricos desta pesquisa, Soraia Mendes entende que ela está inserida no contexto da Pós-Modernidade:

O pós-modernismo, que é principalmente, desconstrutivista, toma como ponto essencial o significado dos fenômenos e dos discursos e, deste modo, pretende servir a objetivos libertadores e críticos na busca pela deslegitimação dos discursos de opressão próprios do pensamento hegemônico. Ele questiona a transcendência desse pensamento, abrindo espaço para possibilidades alternativas. (MENDES, 2012, p. 94).

Mendes explana que esta corrente tem como principal objeto a desconstrução dos discursos culturalmente criados para desvalorizar o feminino em face do masculino. Ademais, Mendes esclarece – com base no pensamento de Judith Butler – que as categorias *sexo* e *gênero*, embora sejam utilizadas pela ciência para distinguir o masculino do feminino, são utilizadas como elementos determinantes para a separação do indivíduo forte do indivíduo fraco, posto que se apresentam como “marcas” naturalizadas de diferenciação biológica, linguística e cultural (MANDES, 2012, p. 94). Um exemplo da “marca” do gênero feminino pode ser visto em comentários relativos à ascensão de uma mulher à presidência da TAM², uma das principais empresas no setor da aviação comercial no Brasil atual.

Como teórica da corrente pós-estruturalista, Judith Butler pondera sobre a “marca” nos corpos:

Minha ênfase inicial na desnaturalização não era tanto uma oposição à natureza quanto uma oposição à invocação da natureza como modo de estabelecer limites necessários para a vida gendrada. Pensar os corpos diferentemente me parece parte da luta conceitual e filosófica que o feminismo abraça, o que pode estar relacionado também a questões de sobrevivência. A abjeção de certos tipos de corpos, sua inaceitabilidade por códigos de inteligibilidade, manifesta-se em políticas e na política, e viver

² Comentários como: “Uma piada das grandes. A Tam entregar de bandeja um cargo tão importante para uma MULHER. Quem trabalha nessa área sabe muito bem que MULHERES não tem a mesma capacidade de um Homem. Quem achar ruim é só olhar as pesquisas que falam que apenas 20% dos cargos de liderança são ocupados por mulheres”, podem ser vistos na reportagem da revista época, no link: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/05/tam-anuncia-claudia-sender-como-nova-presidente-da-companhia.html> (Portal G1, 2013)

com um tal corpo no mundo é viver nas regiões sombrias da ontologia. (PRINS, MEIJER, 2002, p. 157).

Butler também acredita que a grande missão das feministas pós-modernas é o rompimento do pensamento ontológico e naturalizado de que o gênero feminino é o fraco e submisso ao masculino, ainda que considere as peculiaridades biológicas. Todavia, a contribuição desta autora está na criação do conceito de “corpo abjeto” da mulher, ou seja, o corpo que é excluído, que recebe menos valor para a sociedade, corpo este definido pelas relações culturais de poder (2002, p. 161-162). Butler ainda divide a abjeção entre própria e imprópria, sendo que a imprópria estaria mais excluída e menos valorizada que do abjeto propriamente dito (PRINS, MEIJER, 2002, p. 166), posição esta em que se poderia colocar, por exemplo, as prostitutas.

Após breves apontamentos sobre conceituação e a apresentação de sua visão sobre as abordagens dos estudiosos da categoria gênero, Joan Scott em um segundo momento passou a tecer comentários sobre suas impressões do que entende do gênero como categoria histórica analítica (SCOTT, 1995, p. 74).

Scott aborda que o gênero como categoria de análise somente foi explorado a partir do século XX e esboça a missão dos estudiosos de gênero para o presente e futuro:

Não penso que devemos deixar os arquivos ou abandonar o estudo do passado, mas acredito, isto sim, que devemos mudar alguns de nossos hábitos de trabalho, algumas questões que temos colocado. Devemos examinar atentamente nossos métodos de análise, clarificar nossas hipóteses de trabalho, e explicar como a mudança ocorre. Em vez da busca de origens únicas, temos que pensar nos processos como estando tão interconectado que não podem ser separados. (SCOTT, 1995, p. 85).

A autora considera importante que os novos estudos de gênero não se atenham a descrição, mas sim tenham consciência de que devem expor as formas de como resolver a questão da distinção social e cultural de gênero que por longa data discrimina as mulheres.

Outrossim, argumenta Scott que os processos discriminadores estão interconectados e devem ser analisados em conjunto, processos que envolvem elementos simbólicos e mitos que ressaltam a oposição binária entre os sexos, como por exemplo, Adão e Eva (SCOTT, 1995, p. 86). Além disso, escreve Scott que:

[...] conceitos normativos que expressão interpretações dos significados dos símbolos, que tentam limitar e conter suas possibilidades metafóricas. Esses conceitos estão expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tomam a forma típica de uma oposição binária fixa, que afirma de maneira categórica e inequívoca o significado de homem e da mulher, masculino e feminino. (SCOTT, 1995, p. 86).

Os símbolos da oposição binária entre homem/mulher que vão impregnando e, assim, solidificando-se no seio da sociedade desde a infância, estão presentes na religião, educação, ciência, política ou jurídica. Sobre estes símbolos da oposição binária entre homem (superior), mulher (inferior), o Criminólogo Alessandro Baratta vai ao encontro da posição de Scott:

[...] trata-se, para a estratégia feminina, de concorrer com a ciência e com direito androcêntricos, fazendo valer o ponto de vista, os conceitos e as qualidades especificamente femininas; na prática, trata-se de transformar ou substituir os sistemas masculinos e de ações socialmente conferidas às mulheres e, portanto, excluídos da organização da ciência e do direito “normais”. (BARATTA, 1999, p. 29).

Como estudioso do Direito, Baratta explica que tanto a Ciência como o Direito são em sua essência masculinos, o que acaba inferiorizando as mulheres. O jurista gaúcho Lênio Streck, como Baratta, diz que “a norma é feminina, mas o Direito é masculino” (1999, p. 81), e sobre esse poder simbólico acrescenta ainda que:

Na verdade construímos uma sociedade na qual a absoluta maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada um tem seu lugar demarcado. Cada um assume seu lugar. Essa maioria, porém, não se dá conta de que essa “ordem” esse “cada um tem seu lugar”, engendra a *violência simbólica* (Bordieu) da ordem social, bem para além de todas as correlações de forças que não são mais do que a sua configuração movente e indiferente na consciência moral e política. (STRECK, 1999, p. 90).

Tal posição vai ao encontro dos outros dois autores citados, discorrendo que o poder simbólico, que na visão de Streck torna-se violência simbólica, acaba concretizando os dogmas de que as desigualdades de gênero são *normais* ou quase naturais.

Mais uma vez, Scott ressalta o principal desafio dos estudiosos da categoria gênero histórico-analítico:

O desafio da nova pesquisa histórica consiste em fazer explodir essa noção de fixidez, em descobrir a natureza do debate ou da repressão que leva à aparência de uma permanência intemporal na representação binária do gênero. Esse tipo de análise deve incluir uma concepção de política bem como uma referência às instituições à organização social [...]. (SCOTT, 1995, p. 87).

Portanto, para a autora, os estudiosos da categoria gênero (histórico-analítico) além do dever de apresentar como promover as mudanças, também devem mostrar que estes símbolos – em forma de normas ou não – foram historicamente construídos e que levaram a diferenciação e discriminação das mulheres. Scott ainda elenca que as instituições sociais também como disseminadoras da desigualdade de gênero e, neste aspecto, encontra-se com o entendimento de Alessandro Baratta, que em seu texto sobre Criminologia e Feminismo, explica que:

Com efeito, a construção social dos gêneros, dos papéis e das posições correspondentes não pode ser compreendida se não considerarmos a contribuição que lhes é dada pelas instituições. [...] se não foram consideradas as contribuições das instituições e o seu caráter de gênero, é quase inevitável a regressão na teoria naturalista dos sexos. (SCOTT, 1995, p. 24).

Baratta também entende que as instituições tiveram papel relevante para a disseminação dos simbolismos desiguais de gênero.

Quase se encaminhando para o fim desta parte sobre o gênero, aqui observado como uma categoria de análise histórica, importante o conceito de gênero nos estudos de Joan Scott, a qual argumenta que possui dois vieses: um que diz respeito às diferenças dos sexos (SCOTT, 1995, p. 86), mais comum, e o outro viés corresponde a:

A teorização do gênero, entretanto, é desenvolvida em minha segunda proposição: o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. Seria melhor dizer: o gênero é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas ele parece ter sido uma forma persistente e recorrente de possibilitar a significação do poder no ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas. (SCOTT, 1995, p. 88).

Ou seja, o gênero não é usado somente para dar significado às relações entre os sexos, mas também para dar visibilidade às relações de poder, visto a questão da fixidez dos simbolismos da oposição binária, ditas como absolutas.

Com fechamento ao tema gênero, notou-se que a abordagem da psicanálise, ou pós-estruturalista sobre o estudo de gênero como categoria analítica, - característica da terceira onda na perspectiva esboçada por Carla Alimena - parece mais atual e mais adequada, pois as abordagens - patriarcal e marxista - não explicam, por exemplo, como esposas de presos continuam a ser dominadas pelos maridos, mesmo estes estando em ambiente tão hostil e restrito como a prisão. Porque mulheres, em muitos casos com mais capacidades que os homens, ganham baixos salários? Como explicar o baixíssimo número de parlamentares mulheres? O que se observa é que a dominação masculina está arraigada fortemente na cultura e no social, sendo que as noções de procriação da prole e das relações de produção capitalista não dão conta de explicar toda a discriminação das mulheres.

Alessandro Baratta também é favorável à adoção da abordagem pós-estruturalista no seguinte trecho de seu texto:

O historicismo “desconstrutivo” do pós-modernismo e do pós-estruturalismo é um tecido comum, não apenas da análise dos sistemas da ciência e do direito, mas também das estratégias de ação e de reconstrução propostas pelas três autoras. É importante dar-se conta das implicações e das potencialidades teóricas e práticas que estão inseridas naquele programa. Que coisa deve ser “desconstruída”? Que coisa deve ser reconstruída? A resposta a estas perguntas nos fará entender que em contexto teórico e prático o *paradigma do gênero* pode constituir a base de um discurso crítico e emancipatório que, partindo da crítica ao direito, pode atingir o cerne da questão humana. (BARATTA, 1999, p. 34-35).

Segundo o avalizado filósofo do direito, a perspectiva do pós-estruturalismo tem como objetivo a desconstrução dos símbolos desiguais constituídos e a reconstrução de um novo discurso crítico e emancipatório, como frisou anteriormente Scott.

Depois de apresentado o panorama sobre os conceitos atinentes a temática de gênero, constatou-se que a perspectiva pós-estruturalista se mostrou a mais adequada e atualizada, principalmente na sua tarefa de desconstrução das culturas fixas sobre gênero que afetam diretamente as mulheres e também por proporem a reconstrução de uma ideia que priorize os direitos humanos das mulheres.

2.3 CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Depois de tecidas considerações acerca dos feminismos e também quanto ao gênero como categoria de análise histórica, faz-se necessário agora rumar para a parte central da presente monografia que é o estudo da criminologia feminista, que tem sido cotejada pela Criminologia Crítica.

Cabe ressaltar a compreensão, quando se está a pesquisar sobre a Criminologia feminista, da categoria gênero, pois assim se estará analisando a prática do sistema penal sob um prisma de gênero, saindo um pouco do foco do materialismo-economicista que tão bem caracteriza a Criminologia Crítica. Todavia, mister e necessário a apresentação, mesmo que breve, do surgimento da Criminologia como ciência.

Não há unanimidade acerca do surgimento da criminologia como disciplina, todavia ela começou a despertar interesse literário com maior fôlego a partir do século XVIII. O contexto era o da ideologia liberal e foi neste momento que surgiu a denominada Escola Clássica também imbuída pela doutrina do Contrato Social (BARATTA, 2011. p. 32). Sobre a Escola liberal clássica, Baratta ressalta as contribuições:

Da idéia da divisão e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática da tortura, assim como a afirmação da exigência da salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei (BARATTA, 2011, p. 34).

O grande representante desta escola foi o italiano Cesare Beccaria, o qual foi o primeiro a dissertar acerca dos principais princípios que norteiam o direito penal como: publicidade, legalidade e a vedação de tortura. Sobre o comportamento delituoso, a escola clássica tinha a seguinte posição:

Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola Clássica, do indivíduo normal. (BARATTA, 2011, p. 31).

Nas palavras de Baratta, é possível se perceber que esta escola compreendia que o comportamento delituoso vinha de um livre arbítrio do indivíduo,

este considerado uma pessoa normal, mas que por vontade própria, quis violar um dispositivo tipificado como crime. Tal Escola criminológica influenciou o pensamento penal até o início do século XIX quando então surgiu a Escola Positiva.

A Criminologia propriamente dita nasceu oficialmente na obra do médico italiano Cesare Lombroso no segundo quartel do século XIX, com a obra clássica *L'uomo delinquente* (1876). Para este autor oitocentista, a origem da criminalidade era antropológica, ou seja, a criminalidade era centrada no indivíduo que possuía características criminosas natas, como se fosse um ser anormal (BARATTA, 2011, p. 29). Além de Lombroso, a Escola Positiva:

[...] seria depois ampliada por Garofalo, com a acentuação dos fatores psicológicos (a sua *Criminologia* é de 1905) e por Ferri, com a acentuação dos fatores sociológicos. Na *sociologia criminale* (1900), Ferri ampliava, em uma completa equilibrada síntese, o quadro dos fatores do delito, dispondo-os em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. O delito era reconhecido assim, pela Escola positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. (BARATTA, 2011, p. 39).

Além dos fatores etiológicos, Garofalo e Ferri acrescentam, respectivamente, outros dois elementos: psicológicos e sociais. Ou seja, a Escola Clássica entendia que o crime era uma manifestação autônoma de vontade livre de um ser normal, ao passo que, para aqueles, a criminalidade estava intrínseca no criminoso, considerado doente ou anormal; ou porque nasceu com características biológicas natas da delinquência, ou porque características criminosas afetaram sua psique, ou porque viveu ou vive cercado socialmente em cultura criminosa.

Se no paradigma etiológico a delinquência era entendida como algo nato, psicológico ou social, como este enxergava a mulher? Fortemente influenciado pela criminologia positivista, Augusto Olympio Viveiros de Castro escreve, na segunda década do século XX:

Na litteratura como na sciencia, na industria como nas artes, os mais celebres representantes foram sempre do sexo masculino. Até na musica, que ellas cultivam com ardor, os grandes vultos são homens. A estreiteza da sua intelligencia não lhes permite pois conceber, preparar, amadurecer, realizar estes crimes que exigem reflexões acuradas, profundas, frias, encadeiamento de acção, série de planos. (O escriptor desas linhas exerce há seis annos cargo de promotor publico e até o hoje ainda não teve occasião de ver uma só mulher processada por crimes de estellionato e falsidade) Depois a constituição physiologica da mulher produz nella um character menos impetuoso, menos aggressivo, as paixões se manifestam

com pouca intensidade, a versatilidade de seus sentimentos, a leviandade natural de seu espírito não lhe permitem as bravias explosões do ódio, da vingança, da ira. (Castro, 1913, p. 195-196).

Olímpio Viveiros de Castro escreve que as características físicas e psicológicas da mulher a impediam de cometer delitos em comparação com os homens. Aliás, afirma que “a capacidade craneana da mulher é inferior ao do homem na razão de 142 a 220, o que quer dizer, na maioria geral dos casos, a mulher é muito inferior em inteligência ao homem” (CASTRO, 1913. p. 194-195), e, por isso, explicava a baixa incidência de crimes praticados por elas. Ainda tendo como base os estudos de Cesare Lombroso, Olympio de Castro revela que “em vez portanto de criminalidade chegar-se-ha simplesmente á hysteria ou á ipilepsia” (1913, p. 196).

Augusto Olympio Viveiros de Castro, a respeito da criminalidade feminina, além dos fatores psicológicos e físicos (crânio menor), também elencava fatores sociais:

Estas consistem principalmente na vida sedentária, modesta e tranquilla da mulher. Encerrada na sua casa, no plácido socego de seu lar, trantando da educação de seus filhos, não tem Ella como o homens tantas occasiões que impellem para a pratica de crime, as tentações do dinheiro, a sede desenfreada do luxo, as explosões do ódio e da vingança, enfim o esforço desesperado da lucta pela existência, porque na quase universalidade dos casos a mulher é sustentada pelo marido. (CASTRO, 1913, p. 197).

Logo, como o destino da maioria das mulheres no século XIX e início do XX girava em torno dos afazeres domésticos, viviam protegidas dos maus pensamentos advindo da luxúria e da ganância que aviltam a competição e fazia crescer os ódios que os homens sentiam. Logo, segundo Olympio, a mulher era domesticada e encarcerada na lida dos afazeres domésticos e cuidado com a família, não tendo ela como cultivar sentimentos desviantes.

Entretanto, Olympio de Castro ressalta que, em virtude de seu estilo de vida (lar, maternidade), era maior a incidência no que se referia aos delitos de aborto, infanticídio e envenenamento (CASTRO, 1913, p. 195-196).

Por fim, Olympio de Castro conclui que embora não tenham elas condições físicas, psicológicas e sociais de serem autoras da maior parte dos crimes, elas eram as causas deles:

Não se fez ainda uma estatística completa sobre as causas dos crimes; mas se se penetra ao âmago destas causas, penetra nas profundezas do coração humano e sob motivos aparentes e frívolos encontrareis a influência dominadora, imperiosa, fatal, magnética, deste frágil ser, desta frívola criatura, que com um olhar e um sorriso impelle o homem ao crime. Nos atentados à propriedade, no roubo, no furto, no estelionato, *cherchez la femme*, quase sempre a mulher é a causa instigadora do crime. Ela quer viver nas opulências do luxo, nos dourados esplendores da grandeza, frequentar theatros, bailes e festas, ostentar sedas e joias. O amante não tem dinheiro para satisfazer estas exigências, nem coragem de abandonar esta harpia de aveludadas garras (CASTRO, 1913, p. 199-200).

Não possuíam capacidade mental e social de cultivarem um comportamento desviante, mas tinham a capacidade o bastante para enfeitiçar os homens e levá-los ao cometimento de crimes.

O paradigma etiológico perdurou até meados da década de 1960 do século XX, quando foi fulminado primeiramente pela teoria criminológica norte-americana denominada Labeling Approach:

[...] o *Labeling Approach* tem se ocupado principalmente com a reação das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de ocupação pública e dos juízes. (BARATTA, 2011, p. 86).

Houve uma mudança radical de paradigma, pois rejeitou a perspectiva individual, atávica, para uma perspectiva do controle social realizado pelo sistema penal. No interior do *labeling approach*, criou-se o conceito de rotulação social ou etiquetamento e percebe-se que há uma reação social do aparato do sistema penal para etiquetar e rotular certas camadas da sociedade. No *labeling*, o foco é descobrir quem são os indivíduos criminalizados (etiquetados, rotulados como criminosos) e, principalmente, quem (ou qual parcela da sociedade) define ser ou não ser um indivíduo delinquente (BARATTA, 2011, p. 89) - claro que aquela parcela que detém poder. Por fim, após exaustivamente se estudar o *labeling approach*, Baratta apresenta críticas a esta teoria:

Na teoria do labeling, o privilegiamento das relações de hegemonia desloca a análise para um terreno abstrato, em que o momento político é definido de modo independente da estrutura econômica das relações de produção e de distribuição. Daí, resulta uma teoria em condições de descrever mecanismos de criminalização e estigmatização, de referenciar estes mecanismos ao poder de definição e à esfera política em que se insere, sem poder explicar, independentemente do exercício desse poder, a

realidade social e o significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos e da criminalização. (BARATTA, 2011, p. 115-116).

Baratta explica que, em que pese às contribuições do *labeling* em retirar do indivíduo as causas da criminalidade, transportando-as para a ação estatal incriminadora que etiqueta e rotula indivíduos destituídos de poder, ela somente descreveu os mecanismos de criminalização, mas não explicou a origem da criminalização dos etiquetados, além de desconsiderar a grande influência que a estrutura econômica exerce no processo de reação estatal para com os delinquentes desviantes.

Todavia, em que pese às críticas de Alessandro Baratta, este confirma que o *labeling* foi a ponte entre Criminologia liberal para a Criminologia crítica (BARATTA, 2011. p. 159). Na definição do referido autor:

Quando falamos de “Criminologia crítica” e, dentro deste movimento tudo menos que homogêneo do pensamento criminológico contemporâneo, colocamos o trabalho que se está fazendo para a construção de uma teoria materialista, ou seja, econômico-político, do desvio, dos *comportamentos socialmente negativos* e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, não só estamos conscientes da relação problemática que subsiste entre criminologia e marxismo, mas consideramos, também, que uma semelhante construção teórica não pode, certamente, ser derivada somente de uma interpretação dos textos marxianos, por outro lado muito fragmentários sobre o argumento específico, mas requer vasto trabalho de observação empírica, na qual já podem dizer adquiridos dados assaz importantes, muitos dos quais foram colhidos e elaborados em contextos teóricos diversos do marxismo. (BARATTA, 2011, p. 159).

Portanto, observa-se a características que a diferenciam do *labeling*, como a adoção de uma perspectiva marxista, fundada na teoria materialista, em que elementos econômico-políticos exercem grande influência na seletividade do Direito Penal para com delinquência. Todavia, como reforça Baratta, a Criminologia Crítica não fica adstrita aos postulados da filosofia marxista, mas prescinde de análises empíricas sobre o comportamento desviante.

Sob o paradigma da criminologia crítica, compreende-se o sistema penal estudado pelo *labeling* como um aparato estatal com uma dupla função seletiva: primeiramente seleciona os bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, descrevendo os comportamentos desviantes a serem tipificados nas normas repressoras, e depois seleciona os indivíduos que serão estigmatizados e que merecerão reprimenda sancionatória em forma de pena pelo desvio a norma

imposta. (BARATTA, 2011, p. 161). O problema é que aqueles princípios liberais preconizados pela Escola liberal não são aplicados sistema penal, que se transforma em desigual por excelência (BARATTA, 2011. p 162).

Para Baratta, o Sistema Penal:

[...] não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação eletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escola vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo no *status* social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização. (BARATTA 2011. p. 166).

Por consequência, a classe selecionada como criminosa é a proletária, que merece as penas e estigmatizações do sistema penal por apresentar comportamentos não condizentes com a ordem imposta pela classe detentora do poder econômico. Esta, além de não permitir a ascensão daquela, utiliza-se do simbolismo praticado pelo cárcere para incutir na massa trabalhadora e excluída a ideologia capitalista do trabalho nas fábricas. (BARATTA, 2011. p. 165).

Entretanto, a Criminologia Crítica além de promover a denúncia da utilização do sistema penal como instrumento a serviço da classe burguesa, também apresenta estudos da viabilidade de alternativas ao Direito Penal, através de políticas criminais voltadas as classes subalternas como, por exemplo, as políticas de despenalização e abolição do fracassado cárcere (BARATTA, 2011, p. 200-203).

A criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade explica as consequências oriundas da seletividade do sistema penal:

As Ciências Sociais contemporâneas evidenciam que há, para além das intervenções contingentes, uma lógica estrutural de operacionalidade do sistema penal, como às sociedade capitalistas centrais e periféricas, que é a lógica da seletividade, que não apenas viola os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais e os fins atribuídos ao Direito Penal e á pena, mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas. (ANDRADE, 2003, p. 89-90).

Andrade explica que a seletividade do sistema penal viola direitos constitucionais, bem como penais e processuais penais, realizando um trabalho

inverso do previsto pelos ideais republicanos, pois ao selecionar os etiquetados de criminosos viola o princípio da igualdade. Portanto, o sistema penal exerce a função de legitimação das desigualdades postas.

Cabe ainda escrever que a Criminologia Crítica, como esboçada por Alessandro Baratta, apresenta um recorte de classe e, por isso, está muito próxima à abordagem marxista apresentada por Joan Scott. Neste sentido, cabe aqui uma provocação: seria a Criminologia Crítica um bom suporte teórico para ser utilizado pelas feministas na luta contras as desigualdades de gênero? A resposta somente poderá surgir no próximo tópico do presente trabalho que é a Criminologia Feminista.

2.4 CRIMINOLOGIA FEMINISTA

Como mencionado anteriormente, o movimento feminista no Brasil começou a tornar-se expressivo no fim da década de 1970, mas foi na década seguinte que os feminismos começaram a desenvolver pautas de reivindicações políticas, incentivada pelo entusiasmo democrático surgido no Brasil com o fim do regime militar.

Carmen Hein Campos apresenta que na década de 1980:

Surgem estudos analisando o comportamento da justiça nos processos de homicídios passionais. [...] a construção da idéia de um bom pai de família é fundamento para a absolvição e a idéia de uma mulher infiel e má mãe é fundamento par a condenação feminina. [...] a lógica que não julga o homicídio propriamente dito, mas se homem ou mulher tem um comportamento adequado ao papel social correspondente a cada um, ou seja, a vida íntima da vítima e do acusado é analisado em detalhes. (CAMPOS, 2002, p. 134).

Portanto, nesta década, os movimentos de mulheres começaram a questionar o tratamento da justiça brasileira a partir da categoria teórica de gênero e, no caso citado por Campos, perceberam que a justiça brasileira, no caso de homicídios passionais, não julgava o fato em si tecnicamente, mas a conduta ou comportamento da vítima e do réu, denunciando, já na década de 1980, os estereótipos relacionados ao gênero.

Campos ainda elenca grande vitória do movimento feminista na década de 1980:

Foi a pressão dos movimentos feministas que criou os Conselhos de Direitos da Mulher em 1982, na cidade de São Paulo, e as delegacias de polícia para mulheres. A primeira delegacia para a mulher foi criada em São Paulo, em 1985. [...] A criação dessas delegacias especializadas vai explicitar que as feministas desejam que a violência contra as mulheres seja tratada como uma conduta criminosa (CAMPOS, 2002, p. 134).

Realmente foi uma vitória, principalmente pelo fato de que as mulheres violentadas, muitas vezes temerosas, não buscavam a Delegacia diante da estrutura despreparada para atender esta demanda. Todavia, com a criação destas Delegacias da Mulher, elas passaram a ter voz e a reivindicar justiça, buscando a reparação de seu sofrimento, recorrendo ao aparato de criminalização. Andrade também vai ao encontro de Campos ao escrever que foi:

De fundamental importância, neste contexto, foi a criação, em 1984, das Delegacias de Mulheres, para receber queixas específicas de violência de gênero, pois elas passaram a concorrer de forma decisiva (juntamente com as pesquisas empíricas que potencializaram) para construir o retrato da violência, particularmente dos maus-tratos e da violência sexual. (ANDRADE, 2002, 113).

Logo, as mulheres começaram a ter voz e representação feminina dentro de um sistema masculinizado, pensado por homens e para homens.

A partir da criação das delegacias da mulher, as mulheres começaram a ver no direito penal uma forma de minimização da desigualdade de gênero. Neste sentido, na década de 1990, os movimentos sociais feministas enfatizaram a denúncia para enfrentar outras práticas de violência contra as mulheres, quais sejam: sexual, o incesto, a prostituição forçada, a esterilização e outras violências praticadas sobre o corpo feminino. (CAMPOS, 2002, p. 135).

Diante desta valorização do sistema penal em relação ao gênero, segundo Campos, os feminismos, no que tange ao uso do direito penal como forma de emancipação feminina, ficaram divididos em duas vertentes:

[...] verifica-se que não há um acordo entre as feministas com relação à utilização do Direito Penal. De um lado, aquelas que, mesmo considerando-o um instrumento existente para proteger os mais poderosos, insistem na sua inversão, usando para proteção dos mais frágeis e desprotegidos. Essa posição não desconhece que a introdução de novos delitos não faz desaparecer os antigos, bem como não desconhece que a utilização do Direito Penal o relegitima, mas defende sua utilização de forma simbólica. A segunda posição, partindo da concepção de que o Direito penal protege os poderosos, considera seu uso ineficaz para resolver os conflitos sociais,

pois serve para estigmatizar o sujeito, oferecendo falsas soluções, não satisfazer a vítima, etc. Concluir que não é um instrumento adequado para resolver os conflitos de gênero, nem mesmo de forma simbólica (CAMPOS, 2002, p. 145).

Ou seja, a primeira corrente entende que, em que pese ser o aparato criminal instrumento seletivo, é um “mal necessário” para que os agressores não fiquem impunes, sendo aquele sistema ainda útil, ao menos, de forma simbólica para proteger as pessoas que sofrem com a violência. Em sentido contrário, parte do movimento feminista concebe que o sistema penal é totalmente falho para com o tratamento da questão de gênero, porque além de servir de instrumento de opressão dos poderosos, não produz resultado nem na forma simbólica para tutelar as mulheres

Sobre a primeira corrente, Andrade visualiza da seguinte forma:

E a justificativa para esta (neo)criminalização, sob o signo da qual se realizaram, na década de 80, tais reformas penais, é a chamada “função simbólica” do Direito Penal. Os movimentos que a sustentam arguem não estar especialmente interessados no castigo, mas, fundamentalmente, na utilização simbólica do Direito Penal como meio declaratório de que os referidos problemas são tão importantes quanto os dos homens e pública ou socialmente intoleráveis. (ANDRADE, 2003, p. 83).

Andrade confirma a exposição da primeira corrente apresentada por Carmen Campos, apresentando que as feministas não estão interessadas no castigo que venham a sofrer os agressores, mas sim em demonstrar como a sociedade e o Estado se preocupam com a violência contra as mulheres.

Passando-se para a segunda corrente, Vera Regina Pereira de Andrade explica que o sistema penal não só é ineficaz, como também duplica a violência contra as mulheres (2002, p. 85):

Além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, assédio), a mulher torna-se vítima da violência institucional (plurifacetada) do sistema penal que expressa e reproduz a violência estrutural da relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e patriarcais (a desigualdade de gênero) de nossas sociedades e dos estereótipos que elas criam e se recriam no sistema penal e são especialmente visíveis no campo moral sexual dominante. (ANDRADE, 2002, p. 86).

Portanto, a autora refere que o sistema penal duplica a violência contra as mulheres, porque estas, além do sofrimento da violência sexual (estupro e assédio

sexual), quando são vítimas em um processo penal, passam a sofrer a violência institucional do aparelho estatal incriminador. Portanto, percebe-se que Vera Regina filia-se à segunda corrente das feministas que atuam na área da criminologia feminista.

As violações contra as mulheres se dão em várias situações perante o sistema penal. Carmen Hein de Campos alega que começa no momento em que as vítimas vão às delegacias relatar a violência sofrida:

A crítica dessas autoras estende-se à polícia judiciária que distingue, quando há violência, entre as boas e más violações e levanta suspeição sobre o comportamento da mulher. Quando o agressor é o companheiro ou marido, isto tem sido um obstáculo para que a polícia faça um inquérito ou que o promotor de justiça apresente a denúncia. (CAMPOS, 2002, p. 144).

Na delegacia, já começa o sistema penal a selecionar as vítimas. Começa no registro do Boletim de Ocorrência a separação das mulheres “honestas”, dignas de tutela perante o sistema repressor, das “desonestas”, aquelas que, de algum modo, não possuem uma conduta conforme os códigos de postura moral da sociedade. Geralmente as mulheres ditas “desonestas” são as prostitutas. Segundo Vera de Andrade, “trata-se, pois, da vitimação seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das “mulheres honestas”, maiores ou menores de idade, é protegida.” (ANDRADE, 2002, p.98). Esta seletividade feminina, entre mulher “honesta” e “desonesta” perdura por todo o processo:

Seletividade que não se reduz, por outro lado, à criminalização secundária, pois pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da lei) até os diferentes níveis de criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas (ANDRADE, 2002, p. 98).

Andrade conceitua que a seletividade primária ocorre com a positivação de tipos penais em que há a discriminação feminina (como, por exemplo, usar a conduta da vítima desonesta como redutor de pena baseada no art. 59 do Código Penal), sendo a seletividade secundária aquela engendrada no âmbito processual penal, desde o inquérito policial até o acórdão do recurso nas instâncias recursais.

Vera Regina Pereira de Andrade ainda elenca que, se para as mulheres ditas “honestas” o sistema penal não lhes dá o direito de voz e de participação ativa

para com a solução e reparação da violência, a situação das vítimas desonestas pode piorar, pois:

[...] as mulheres estereotipadas como “desonestas” do ponto de vista da moral sexual, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, de vítimas em acusadas ou réis num nível crescente de argumentação que inclui elas terem “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, forjado o estupro ou “estuprado” o pretense estuprador [...]. (ANDRADE, 2002, p. 99-100).

Ou seja, a força simbólica das regras morais pode pesar a ponto de transformar a vítima e ré literalmente em um processo penal, pois conforme mencionou Lombroso: as mulheres são engenhosas, frias, calculistas, *sedutoras*, *malévolas* (MENDES, 2012, p. 46). Campos acrescenta ainda que:

A obtenção de provas é difícil, pois geralmente a mulher é a única testemunha. Como vítima, está totalmente subordinada ao processo penal, à polícia, ao Ministério Público e ao juiz, podendo ser interrogada minuciosamente e passar por constrangimentos. Ou seja, de vítima passa a suspeita. (CAMPOS, 2003, p. 144).

Observa-se que, nos crimes sexuais, geralmente não há testemunhas, sendo a palavra da vítima, muitas vezes, o único meio de prova, passando a vítima todos os tipos de constrangimentos de um processo penal, além de sua palavra estar constantemente sob suspeita em face da palavra do agressor. Andrade reforça que toda a vida pregressa da vítima é vasculhada, inclusive, o status dos entes de sua família. (ANDRADE, 2002, p. 99).

Depois destas considerações acerca da criminologia feminista, Andrade apresenta alguns caminhos para que não se caia nos braços do poder estatal do sistema penal. Apresenta que outros ramos do direito também podem apresentar soluções satisfatórias para emancipação feminina, como o direito civil, trabalhista, do consumidor, da criança e do adolescente (2002, p. 123). Todavia, reforça que é o Direito Constitucional o mais adequado:

Nesta esteira, considero que a arena jurídica mais apropriada para a luta é a do Direito Constitucional porque, diferentemente do Direito Penal, que constitui o campo, por excelência, da *negatividade*, da *repressividade* e que tem (re)colocado as mulheres na condição de vítimas; o Direito Constitucional constitui um campo de *positividade*, com o potencial de recolocá-las na condição de *sujeitos*. (ANDRADE, 2002, p. 123).

A autora tem esperanças no Direito Constitucional, porquanto acredita que este ramo do direito possibilita condições de dar a mulher maior visibilidade como sujeito de direitos através dos princípios fundamentais previstos na Carta Constitucional de 1988.

Calha ainda mencionar as três promessas do direito penal observadas por Andrade e que apresentam, na realidade, eficácia invertida, culminando na seletividade do sistema penal. A primeira é a incapacidade/ inversão garantidora de direitos, principalmente o da igualdade, pois se consignou anteriormente que o sistema penal é um órgão desigual por Excelência. A incapacidade/inversão preventiva é a de que o direito penal previne novos delitos diante da promessa da ressocialização, que na realidade não ocorre, devido ao alto grau de estigmatização que ocorre tanto no processo judicial e principalmente dentro do cárcere. E, por fim, a incapacidade/inversão resolutiva, segundo a qual o direito penal resolve satisfatoriamente o problema do desvio para a classe dominante, visto que muitas vezes não proporciona o resultado esperado para a principal interessada: a vítima. (ANDRADE, 2003, p. 91-92).

Antes do resumo final deste capítulo, tem-se que no tópico anterior se indagou sobre se a Criminologia Crítica seria um suporte teórico adequado para a questão da Criminologia feminista na luta contra a discriminação de gênero. Como explicou Alessandro Baratta em linhas anteriores, esta escola tem como base teórica o materialismo econômico-político inspirado no marxismo, de onde advém um forte viés de classe para a compreensão do fenômeno do crime da criminalização. Joan Scott, na década de 1990, havia advertido que a teoria marxista prendia as relações desiguais de gênero às relações econômicas, não havendo espaço para reflexões independentes das relações economicistas. Além disso, Andrade também observou que a discriminação de gênero é anterior a de classe, percebendo que há distinções entre a questão de gênero e de classe.

Outra criminóloga a discordar da centralidade da temática de classe nos estudos criminológicos que pretendam estudar o envolvimento de mulheres é Soraia Mendes:

A hipótese formulada por Baratta é a de que a ciência jurídico-penal e a metodologia jurídica tradicional limitaram a função de controle argumentativo às variáveis manifestas que seriam as decisões do sistema de justiça criminal que normalmente são o objeto de fundamentação de sentenças judiciais e atos administrativos, omitindo as variáveis latentes

dentre as quais estão as socioeconômicas, os estereótipos, dentre outras. (MENDES, 2012, p. 79)

Mendes argumenta que ao analisar somente a discriminação no ambiente do Sistema de Justiça Criminal, tal visão criminológica acaba não dando oportunidade para que outras perspectivas de discriminação sejam observadas e estudadas, como por exemplo, as relações trabalhistas (ambos com a mesma qualificação, mas com remunerações distintas) e os estereótipos (como o da mulher “honesta”). Mendes vai ao encontro de Scott ao asseverar que as diferenças de gênero não estão restritas às relações econômicas de poder, mas sim a outros discursos construídos e disseminados, como na vida afetiva, sexual e fortemente nas relações familiares, como o poder estabelecido em uma relação matrimonial. (MENDES, 2012, p. 192).

Mendes exemplifica a insuficiência da teoria baseada centralmente nas relações econômicas da seguinte maneira:

O tráfico de entorpecentes, por exemplo, não só passou a fazer parte das estatísticas criminais femininas, como representa 57% das mulheres encarceradas em nosso país. Por outro lado, das mulheres presas por este crime, um número ínfimo, apresenta um status de comando dentro de alguma organização criminosa. Ou seja, a maioria esmagadora destas mulheres não são chefes de quadrilha, nem mesmo ocupam funções importantes dentro destas. Elas são mulas, e muitas delas, meros meios de transporte de drogas para o interior de presídios para suprir as necessidades de maridos e companheiros. Para compreender o como, onde e por que este crime ocorre não são suficientes perguntas epistemologicamente construídas a partir da condição socioeconômica destas mulheres. (MENDES, 2012, p. 199)

Ou seja, para estas mulheres, a reclusão de seus companheiros poderia representar a oportunidade autonomia, porém não foi o observado nos estudos efetuados por Mendes junto com mulheres presas, pois estas não se sustentavam com o mercado ilícito da traficância, mas estavam dependentes de suas relações familiares e afetivas com seus companheiros encarcerados. Talvez esta seja uma importante missão da Criminologia Feminista, realizar estudos com as mulheres encarceradas pelo Sistema de Justiça Criminal, para dar voz a elas e ouvir o que elas tem a contar de suas vidas. Conclui-se observando que o viés de gênero não pode estar diretamente atrelado ao de classe nos estudos criminológicos, mas que a Criminologia Crítica deve abrir sua perspectiva de análise para englobar outros marcadores teóricos de desigualdade e discriminação, como raça, etnia e geração.

Estes, ao lado do gênero e da classe social, formam uma visão mais plural e concreta das práticas punitivas atuais e, certamente, compõem o fundamento teórico mais apropriado para esta pesquisa.

Nas páginas deste capítulo, abordou-se importante temas relacionados a questão de gênero direcionada ao Direito Penal. Primeiramente, foi apresentado breves apontamentos sobre os feminismos e compreendeu-se como estes movimentos sociais são dinâmicos, atualizados e importantes por apresentarem variados assuntos que tangenciam a luta contra a discriminação de gênero no âmbito do Sistema de Justiça Criminal. Após, com o escopo de se delimitar conceitos, chegou-se a conclusão que a palavra gênero é muito mais do que um significado do dicionário que faz referência aos sexos, ela pode ser uma categoria de análise histórica, bem como uma marca de diferenciação biológica, linguística e cultural.

Na terceira parte, rumando-se para as ciências criminais, fez-se referências a história da criminologia até a Criminologia Crítica. Por fim, tentou-se constituir o que seria uma Criminologia Feminista, e a partir destas reflexões, descobriu-se que o Sistema de Justiça Criminal é perverso para com as mulheres, duplicando a violência contra elas. Também se concluiu pela diversificação das análises criminológicas no que tange às mulheres, para que o olhar crítico não fique preso as perspectivas economicistas preconizados pela Criminologia Crítica.

Logo, este primeiro capítulo, com as discussões abordadas, teve como missão dar subsídios para uma análise crítica sobre a legislação e doutrina penal no Brasil, e especificamente no crime de estupro, servindo também como perspectiva teórica para se compreender as decisões emitidas pelo judiciário catarinense que serão analisadas no terceiro capítulo desta monografia.

3. BREVE RELATO HISTÓRICO: ECONÔMICO, POLÍTICO E SOCIAL; FORMAÇÃO DO ARCABOUÇO JURÍDICO PENAL NO BRASIL, COMO O DIREITO PENAL OBSERVAVA A MULHER E O CRIME DE ESTUPRO.

Neste segundo capítulo, abordar-se-ão aspectos relativos à evolução histórica do Brasil que permearam os Códigos Penais de 1830, 1890 e o atual de 1940, em diferentes aspectos.

Na primeira parte, tem-se sucinto relato sobre as condições socioeconômicas e políticas que permearam os diplomas legais acima referidos, com a influência de dois regimes políticos distintos - império e república - observando-se, pelo fato deste trabalho estar situado no mundo jurídico, as nuances e aspectos relevantes na seara jurídica brasileira.

Em um segundo momento, buscando-se um maior envolvimento com a matéria de fundo deste trabalho, o Direito Penal, serão tecidas considerações acerca do desdobramento legislativo de positivação das normas incriminadoras no Brasil, a começar pelo Código Criminal do Império, de 1830; o Código Penal de 1890 até chegar ao antigo e contemporâneo Código Penal de 1940. Neste momento, são importantes as contribuições das obras de José Henrique Pierangeli, Gizlene Neder e de interessante artigo científico de autoria de Marcos César Alvarez, Fernando Sallas e Luís Antônio Souza.

As linhas da terceira parte estão dedicadas às previsões legais do crime de Estupro, visíveis historicamente, com considerações acerca deste tipo incriminador desde a antiguidade, até chegar às codificações brasileiras de 1830, 1890 e Código Penal vigente de 1940, inclusive com as inovações acrescentadas pela Lei n. 11.106/05 e principalmente pela Lei n. 12.015/09 que unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO BRASIL: OS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS E POLÍTICOS COM REFLEXOS NA SEARA JURÍDICA NACIONAL

O presente capítulo tem como recorte histórico o ano de 1830 até 1940, ano da instituição Código Penal ainda vigente. Portanto, a história do Direito Penal

brasileiro começa no período imperial indo até a vigência do Código Penal de 1940, seguindo-se com as modificações ulteriores até a Lei n. 12.015/2009.

O presente capítulo tem como recorte histórico o ano de 1830 até 1940, ano da instituição Código Penal ainda vigente. Portanto, a história do Direito Penal brasileiro começa no período imperial indo até a vigência do Código Penal de 1940, seguindo-se com as modificações ulteriores até a Lei n. 12.015/2009.

3.1.1 Período Colonial

O período imperial do Brasil foi dividido em fases, segundo o historiador Boris Fausto (2007): o primeiro reinado (1822 até 1831), a regência (1831 até 1840) e o segundo reinado (1840 até 1889) que findou com a proclamação da república. O primeiro reinado foi o de Dom Pedro I, que ao ver seu irmão ascender ao trono de Portugal, resolveu abdicar ao império Brasileiro para disputar e conquistar o trono da coroa portuguesa e tornar-se Dom Pedro IV, em Portugal. Como seu filho, Dom Pedro II ainda era uma criança, foi implantando o segundo período do Império: o Regencial. Ou seja, tutores (como José Bonifácio) comandaram o império até a maioridade do herdeiro. Todavia, em virtude das insatisfações das províncias (Farroupilha, Cabanagem, Sabinada) que desejavam autonomia frente à centralização do império (federalismo), as aspirações republicanas do liberalismo levaram a elite política central a arquitetar o chamado “golpe da maioria”, elevando Dom Pedro II a novo Imperador, para assim, aquietar as revoltas provinciais. Logo, Dom Pedro II deu início ao terceiro período imperial, o segundo reinado, que se findou com a criação da república, em 15 de novembro de 1889.

Em que pese a independência, Boris Fausto apresenta como se deu a transição do período colonial para o período imperial no seguinte trecho de sua obra:

Alcançado a 7 de setembro de 1822, às margens do Riacho Ipiranga, Dom Pedro proferiu o chamado Grito do Ipiranga, formalizando a independência do Brasil. A 1ª de dezembro, com apenas 24 anos, o príncipe regente era coroado Imperador, recebendo o título de Dom Pedro I. o Brasil se tornava independente, com a manutenção da forma monárquica de governo. Mais ainda, o novo país teria no trono um rei português, este último fato criava uma situação estranha, porque uma figura originária da Metrópole assumia o comando do novo país. (FAUSTO, 2007, p. 134)

Portanto, embora esboçasse o rompimento político com a coroa portuguesa, houve uma manutenção do status monárquico, visto que se trocou a monarquia lisboeta pela de Dom Pedro I, o que transmitiu sensação de estranheza, a de que mesmo rompido com Portugal, um português continuava a governar o Brasil. O historiador citado inclusive explica que a independência brasileira foi *sui generis* na América Latina, visto que, além de não haver mudanças significativas, o Brasil era uma ilha monárquica em volta de seus vizinhos todos republicanos (FAUSTO, 2007, p. 146).

Sobre a parte econômica do período imperial, o historiador paulista Boris Fausto infere sobre a junção de dois principais ramos de negócios do século XIX:

O Brasil é o café e o café é o negro”. Essa frase, comum nos círculos dominantes da primeira metade do século XIX, só em parte é verdadeira. O Brasil não era só café, como não fora só açúcar. Além disso, a produção cafeeira iria prosseguir no futuro, sem o concurso do trabalho escravo. Mas não há dúvidas de que nesse período boa parte da expansão do tráfico de escravos se deu às necessidades da lavoura de café (FAUSTO, 2007, p. 192)

Após o ciclo do açúcar, principalmente no nordeste, passando após para o ciclo do ouro na região de Minas Gerais, o ciclo do café foi o ramo econômico predominante nos séculos de governança imperial. E para empurrar este ciclo, a mão-de-obra escrava foi a mais utilizada, sendo, portanto, outro ramo de economia considerável no período, em que pese a pressão da Inglaterra pelo fim da escravidão.

O Império Brasileiro foi marcado por intensas revoltas que tinham como aspirações o republicanismo e o federalismo. Boris Fausto apresenta um panorama destas revoltas:

Após o ato adicional de 1834, ocorreram a Cabanagem, no Pará (1835-1840), que não deve ser confundida com a Guerra dos Cabanos em Pernambuco, a Sabinada, na Bahia (1837-1838), a Balaiada, no Maranhão (1838-1840), a Farroupilha, no Rio Grande do Sul (1836-1845). (FAUSTO, 2007, p. 165).

Segundo Fausto, estas revoltas foram impulsionadas pela emenda a Constituição Federal de 1824 – conhecido como ato adicional - que centralizou ainda mais o poder na capital do império.

Após análise dos aspectos políticos e econômicos, relevante expor algumas linhas sobre as mudanças em relação ao que versa sobre a formação jurídica do Brasil. Com a criação do novo país, e diante dos ventos liberais que sopravam da Europa e dos Estados Unidos, em meados de 1823 foi estabelecida a Assembleia Constituinte para elaboração de uma Constituição, e foi neste momento que se iniciou um dos conflitos políticos mais caros e que vive até os dias atuais: o controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo e quais seriam os métodos e limites daquele poder. A questão era a mais polêmica de todas, visto que os constituintes desejavam restringir o Poder do Imperador de proferir vetos absolutos, ou seja, que não pudessem ser derrubados pelo Legislativo. Por outro lado, os aliados advogavam que a constituinte deveria instituir um executivo forte, com o poder de manter a unidade nacional (FAUSTO, 2007, p. 148)

Boris Fausto apresenta o resultado deste embate entre estes poderes no Império Brasileiro da seguinte forma:

A disputa entre os poderes acabou resultando na dissolução da Assembléia Constituinte por Dom Pedro, com apoio dos militares. [...] Logo a seguir, cuidou-se de elaborar um projeto de Constituição que resultou na Constituição promulgada a 25 de março de 1824. Ela não diferia muito da proposta dos constituintes anterior à dissolução da Assembléia, mas há uma diferença a ser ressaltada. A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao “povo”, embora devamos entender por “povo” a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política. (FAUSTO, 2007, p. 149)

Através deste enxerto, percebe-se que golpes de Estado foram mais comuns do que se imagina na história brasileira, e o primeiro foi efetivado pelo Imperador, em 1824, ao dissolver a Assembléia, encarcerar seus inimigos políticos e instituir a primeira Constituição Federal Brasileira, outorgada, de cima para baixo. Muito embora autoritária, a primeira Carta Constitucional, no entender de Fausto (FAUSTO, 2007, p. 149), representava um avanço pelo fato de organizar e definir atribuições aos poderes, além de garantir direitos individuais que não eram aplicados em virtude da conjuntura social e econômica brasileira, em que a maioria da população ou era escrava ou era dependente dos grandes latifundiários que detinham instrução e poder através da violência.

Assim, a introdução da ideologia liberal no Brasil não foi implementada de forma similar a observada no seu berço, a Europa. Sobre a implantação do

liberalismo no pensamento político imperial, Antonio Carlos Wolkmer assim se refere:

O que sobretudo importa ter em vista é esta clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. (WOLKMER, 2003, p. 96).

Como observado por Fausto anteriormente, a proclamação da independência apenas significou o rompimento do vínculo direto que havia com a Coroa Portuguesa, mas que não houve significativas mudanças no sentido de rompimento com a elite nobre e oligárquica latifundiária estabelecida no Brasil. Wolkmer ainda elenca a singularidade do liberalismo nacional ao ser referir a curiosa conciliação “liberalismo-escravidão”, pois ao mesmo tempo em que as facetas da igualdade, fraternidade e liberdade do liberalismo foram introduzidos na política imperial, paradoxalmente mantinha-se o sistema escravagista secular, o que evidencia os interesses das oligarquias em continuar considerando os escravos como objetos (WOLKMER, 2003, p. 98).

No que toca à fundação jurídica no Brasil, tem-se que a elite letrada no Brasil estudava na Europa. Com o intuito de criar uma ordem jurídica para o país que havia se formado após o 7 de setembro, Wolkmer argumenta que:

De fato, a vertente “juridicista” do liberalismo brasileiro teria papel determinante na construção da ordem político-jurídico nacional. Numa análise mais acurada constata-se que dois fatores foram responsáveis pela *edificação da cultura jurídica nacional* ao longo do século XIX. Primeiramente, a criação dos cursos jurídicos e a conseqüente formação de uma elite jurídica própria, integralmente adequada à realidade do Brasil independente. Em segundo, a elaboração “de um notável arcabouço jurídico no Império: uma constituição, vários códigos, leis” etc. (WOLKMER, 2003, p. 101).

Invertendo-se a ordem do autor, no que versa sobre o arcabouço jurídico criado no império, várias codificações foram apresentadas. Além da outorgada Constituição, promulgou-se o Código Criminal em 1830 e em 1832 foi a vez do Código de Processo Criminal, este por sinal foi recebido com louvores pela comunidade jurídica internacional pelos avanços. Por fim, o Código Comercial de 1850, que abrangia também o Direito Marítimo.

Sobre a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil, Wolkmer apresenta apontamentos sobre a importante tarefa a eles confiada:

A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854), refletiu a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país. Neste sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e a construção do Estado nacional. Tais centros de reprodução da legalidade oficial positiva destinavam-se muito mais a responder aos “interesses do Estado do que às expectativas judiciais da sociedade. Na verdade, sua finalidade básica não era formar advogados, mas, isto sim, atender as prioridades burocráticas do Estado” (WOLKMER, 2003, p. 101).

Como infere Wolkmer, a elite nacional brasileira tinha o desejo de também conquistar a independência cultural, além de preparar a nova nação para a criação de uma estrutura burocrático-administrativa, com o fito de dar um norte gerencial ao Império. Os dois primeiros cursos de Direito foram criados estrategicamente nas duas principais províncias brasileiras de então: São Paulo e Pernambuco, aquela pela força da economia cafeeira e esta pela relação centenária com o governo colonial e, por conseguinte, imperial. Todavia, como o mesmo autor esclarece, não tinham estes cursos o ideal de formação de hermeneutas das ciências jurídicas, mas sim, a formação de uma elite burocrata que atendesse aos interesses estatais, tentando desligar-se da cultura colonial além de proporcionar centros difusores da ideologia liberal político-jurídico (WOLKMER, 2003, p. 101).

José Murilo de Carvalho, sobre a formação da elite ideológica do império, também confere importante peso da cultura jurídica:

Elemento poderoso de unificação ideológica da elite imperial foi a educação superior. E isto por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava até a Independência, na Universidade de Coimbra e, após, a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se considerarmos apenas a formação jurídica. (CARVALHO, 2008. p. 65).

Portanto, como os latifundiários mandavam seus filhos para Portugal, para se formarem em Direito em Coimbra, tem-se que houve uma homogeneidade

da elite imperial em função da formação jurídica. Carvalho ainda ressalta que foram criados, a partir da vinda da corte portuguesa em 1808, vários cursos universitários, mas os criados exclusivamente para a formação da elite política foram os jurídicos em 1828. Não é a toa que disciplinas como o Direito Romano foram abandonadas em detrimento de outras como Direito Comercial, Marítimo e Economia Política para atender as necessidades do novo país (CARVALHO, 2008. p. 76).

Apesar de Carvalho referir que a cultura jurídica fornecia elementos essenciais para a homogeneidade ideológica da elite do império, havia o contraste dos interesses locais e institucionais:

[...] a relação do bacharel com o poder público era completamente distinta daquela assumida pelos juízes, que, como funcionários públicos, tinham a missão de aplicar o preceito legal e garantir os intentos da ordem oficial. De todas as ocupações liberais, o advogado passou a representar os interesses individuais ou coletivos, tomando-se o “porta-voz” tanto “de oposições quanto do poder público. Seu papel se tomaria mais importante em relação à construção do Estado em uma fase posterior quando a participação se tomasse um problema mais básico do que a concentração de poder”. (WOLKMER, 2003, p. 120).

Wolkmer comunga com os ensinamentos de José Murilo de Carvalho e distingue a relação que havia entre os advogados bacharéis e os magistrados. Estes, formados na sua maioria em Coimbra e com interesses comuns, eram funcionários do governo imperial e representavam os interesses do governo e de quem ocupava o poder administrativo do império, logo eram conservadores. Noutro lado, os bacharéis representavam os interesses regionais das elites agrárias, havia heterogeneidade, além também de exercerem oposição ao governo imperial.

Por fim, tem-se que o período imperial foi singular para a formação da cultura jurídica nacional, tanto pela positivação de normas legais, como pela criação dos primeiros cursos jurídicos. Todavia, como mencionaram Fausto, Carvalho e Wolkmer, o período também foi marcado pela formação de minoria elitista liberal e conservadora e detrimento do “mar de analfabetos” e despossuídos do abrigo estatal.

A crise da monarquia imperial possui vários fatores, dos quais Wolkmer elenca os principais:

A desagregação da economia agrária e a perda de poder por parte da elite latifundiária dominante, despojada da propriedade escravista, propiciou o crescimento de concepções antimonarquistas, favorecendo o clima para a

expansão do ideário liberal-conservador, que passou a valer-se, em certo momento, de diretrizes advindas do positivismo e do republicanismo. (WOLKMER, 2003, p. 134).

A abolição da escravatura em 1888 foi uma delas. Esta se deu em virtude da pressão internacional advinda da principal aliada comercial, a Inglaterra, a contragosto da elite cafeeira que dependia da mão-de-obra escrava em suas fazendas, o que gerou oposição destes ao governo imperial. (FAUSTO, 2007). Além disso, parte dos fazendeiros começou a ver a libertação dos escravos de forma lucrativa como explica Gizlene Neder (NEDER, 1995. p. 16): “A força de trabalho é transformada em mercadoria, de natureza peculiar, e estabelece-se uma relação jurídica, o contrato”, onde as partes são teoricamente livres e iguais para escolher os contratantes”, O interesse capitalista das oligarquias rurais mudou, viam-se os escravos não mais como meros objetos de trabalho, mas consumidores, fazendo com que a escravidão física fosse eliminada.

Como assinalou Wolkmer, também foi importante para a queda da monarquia o positivismo e republicanismo. Com grande adesão principalmente das elites intelectuais daquele tempo, que representada pelas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife e pelo setor militar, recebeu a influência do Positivismo de Auguste Comte, que:

[...] considerava ser a ditadura republicana a melhor forma de governo para as condições de sua época. Opunha-se assim à República liberal, que se baseava na idéia de soberania popular, sendo o poder exercido em nome do povo através de um mandato. Membros do Congresso ou o presidente da República recebem dos eleitores esse mandato periodicamente renovável, por ocasião das eleições. (FAUSTO, 2007. p. 232).

Portanto, os novos ideais republicanos positivistas não admitiam mais o velho e ultrapassado regime monárquico, que teve como último imperador Dom Pedro II. Em crise generalizada nos setores militar, religioso, econômico e político, em Golpe de Estado – o segundo, visto que o primeiro foi dado em 1824 - o general Manuel Deodoro da Fonseca proclamou a república em 15 de Novembro de 1889, “caindo” a monarquia imperialista, dando passagem aos ideais liberais de Liberdade e Igualdade.

3.1.2. Período da Primeira República

Com a proclamação da república, passou-se ao período denominado de Primeira República, indo de 1889 até 1930. Neste primeiro governo, os parlamentares temerosos no prolongamento de uma ditadura, resolveram apressar a organização de uma Nova Constituição, que fora promulgada em 24 de fevereiro de 1891 (FAUSTO, 2007. p. 249). Dentre as inovações da Carta de 1891 estava o estabelecimento dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), a instituição do sistema presidencialista e do regime federalista, o fim do voto censitário, além da separação do Estado e da Igreja (Estado laico). Aliás, sobre o estado laico, Boris Fausto apresenta as razões para isso:

As medidas refletiam a convicção laica dos dirigentes republicanos, a necessidade de aplainar os conflitos entre Estado e Igreja e o objetivo de facilitar a integração dos imigrantes. Os imigrantes alemães não eram em sua maioria católicos, e sim protestantes luteranos (FAUSTO, 2007, p. 251).

Portanto, vê-se que a laicidade do Estado não foi somente um ato de desvinculação com a igreja católica, mas também uma política de integração dos imigrantes europeus que para o Brasil estavam se movendo, em virtude da instabilidade política dos países de lá, principalmente Alemanha e Itália.

Este período também foi caracterizado pela política “café-com-leite”, pois marcou uma aliança entre as oligarquias rurais do Estado de São Paulo (maior força econômica) e Minas Gerais (maior eleitorado do país), que em boa parte deste período, revezaram a presidência da república, ficando em um período um representante de São Paulo e em outro um de Minas. Todavia, tal política foi quebrada efetivamente quando o paulista Washington Luís indicou a sucessão outro paulista, Júlio Prestes nas eleições de 1929. (FAUSTO, 2007. p. 273).

Tal cisão desencadeou a aliança de Minas, Paraíba e Rio Grande do Sul – principalmente o núcleo não cafeeiro -, surgindo então o nome do gaúcho Getúlio Vargas que iria na década seguinte compor a chamada “Revolução de 1930”. Boris Fausto apresenta que os cafeicultores paulista, em crise econômica diante da queda da bolsa de Nova York, em 1929, não receberam a ajuda que pretendiam do governo central, criando um racha na elite paulista que dominava a política do governo republicano em fins da década de 1920.

Contudo, um fato específico foi essencial para por termo final à política café-com-leite:

A 26 de julho, João Pessoa era assassinado em uma confeitaria do Recife por João Dantas, um de seus adversários políticos. O crime combinava razões privadas e públicas mas, na época, só se deu destaque às últimas, pois as primeiras arranhariam a figura de João Pessoa como mártir da revolução (FAUSTO, 2007. p. 323).

Como antes dito, o Brasil conheceu em sua história vários golpes de Estado, e este foi mais um, terceiro da Lista. João Pessoa foi o vice-candidato na chapa de Getúlio Vargas, e João Dantas era ligado ao Partido Republicano Paulista. Portanto, a farsa armada foi a de que o governo central, aliado a oligarquia paulista, foi responsável pelo assassinato de Pessoa.

Além do racha da própria elite cafeeira paulista, Wolkmer apresenta outros aspectos que contribuiriam para o fim da chamada primeira república:

Parece inconteste, entretanto, que em dado momento da evolução republicana, ainda na primeira metade deste século, determinadas forças emergentes insatisfeitas procuraram reagir à máquina político-jurídica da oligarquia cafeeira antinacionalista, advogando objetivos vinculados às mudanças das instituições e ao desenvolvimento econômico-industrial, numa clara estratégia por um certo tipo de modernização conservadora. Isso se explica tendo em conta as profundas e intensas contradições nas relações entre a estrutura rígida do poder e a estrutura dinâmica da sociedade, que se rompem ao longo dos anos 20, acabando por instaurar a via que conduziria à crise da Velha República. Os delineamentos de tais impasses advêm do aparecimento de reivindicações identificadas aos novos atores, dentre os quais as massas urbanas associadas à principiante atividade fabril e às pressões de núcleos oligárquicos dissidentes que propugnavam a imediata industrialização e a modernização das instituições políticas. (WOLKMER, 2003, p. 137).

A partir da década de 20 começou a industrialização do Brasil, principalmente em São Paulo e Rio Grande do Sul. Fausto observa que os próprios fazendeiros começaram a investir em fábricas de beneficiamento do café e sua exportação. Além disso, a imigração teve importante papel neste sentido, tanto na formação de mão-de-obra especializada, como na formação de uma elite industrial, como as famílias italianas Matarazzo e Crespi em São Paulo (FAUSTO, 2007. p. 287-288). Portanto, esta nova elite almejava maiores incentivos à industrialização e modernização das instituições políticas, além de ser contrária à centralização política nas mãos das oligarquias cafeeiras.

3.1.3 A era Vargas

Com a Revolução de 1930, instaurou-se no Brasil novo período, a chamada era Vargas, iniciando em 1930 e findando em 1945. Neste período, Vargas ficou conhecido por impulsionar a industrialização e também por implementação de importantes mudanças na política trabalhista como a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943. Esta fase está separada em dois momentos distintos: o governo provisório que foi de 1930 até 1937, e o Estado Novo, que vai de meados de 1937 findando em 1945 com a renúncia ao cargo de presidente.

O primeiro período foi marcado pela centralização política, com a dissolução do Congresso Nacional e acumulação do poder executivo e legislativo pelo Governo Provisório (Decreto-Lei n. 19.398). Além disso, houve a demissão de todos os governadores, exceto o de Minas Gerais, substituindo-se por Interventores nomeados pelo governo provisório, tendo base legal o Código dos Interventores (Decreto-Lei n. 20.348/1930) (FAUSTO, 2007, p. 333).

Com o fito de constitucionalizar o país, o governo provisório em 1933 permitiu eleições para a formação da Assembleia Constituinte, que culminou na promulgação da terceira Constituição Brasileira, a de 1934. Sobre esta Carta Magna, Wolkmer esclarece que:

A Constituição de 1934, consequência da Revolução de 30 e refletindo uma época de mudanças socioeconômicas, caracterizou-se por ser um pacto político híbrido, sem unidade ideológica que, através de seus pressupostos herdados da Carta Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de *Weimer* (1919) introduziu, pela primeira vez, os postulados do Constitucionalismo social no país. Sua especificidade não resultou em ser necessária e espontânea, mas em projetar-se como “compromisso” estratégico, manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização (WOLKMER, 2003, p. 138).

A nova carta política, que se assemelhava a Carta de 1891, tinha como moldes das Constituições mexicana e alemã que serviram de espelho para uma nova ordem econômica e social mundial, que tinham como nova preocupação o bem estar social dos trabalhadores e da classe média. No Brasil, tais ideias ganharam prestígio diante do direito ao voto universal masculino concedido na antiga carta de 1891 e também pelo fato de as massas proletárias fabris estarem se organizando em sindicatos e em partidos, como o Partido Comunista Brasileiro. Contudo, como elencou Wolkmer, o Estado ainda possuía resquícios oligárquicos, posto que o

resultado das eleições da Assembleia de 1933 demonstrou a força das elites regionais (FAUSTO, 2007. p. 351).

Sobre o patrimonialismo expresso por Wolkmer, Raymundo Faoro resume tal conceito perante a história política brasileira da seguinte forma:

DE DOM JOÃO I A GETÚLIO VARGAS, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo -, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. (FAORO, 2008. p. 819).

Ou seja, o patrimonialismo – tendo como mola propulsora o capitalismo -, no sentir de Faoro, é mais antigo que o próprio Brasil, constituindo-se em uma herança lusa que se espraiou perante a classe política brasileira até a era Vargas. O patrimonialismo nada mais é do que a apropriação dos bens públicos pela classe política que governa o país e que ao promover e estimular os negócios públicos está automaticamente estimulando os seus próprios.

Todavia, os “compromissos” nem sequer foram esboçados em virtude do consequente quarto golpe de Estado que fundaria, em 1937, o Estado Novo, ditadura autoritária que perdurou até 1945. O Estado novo foi criado juntamente com a outorgação de nova carta constitucional (quarta), e sobre este texto legal, Wolkmer esclarece:

[...] a Constituição de 1937, inspirada no Fascismo europeu, instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da República) que se permitia legislar por decretos-leis e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos. (WOLKMER, 2003, p. 139).

Na década de 1930, o mundo observou o levante de governos autoritários e totalitários na Europa, como o Fascismo na Itália, o Nazismo na Alemanha e o

Stalinismo na Rússia. Os motivos que levaram a implantação da ditadura Vargas foram expressos nas linhas introdutórias à carta magna em questão, do qual se extrai:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; (BRASIL, 2014).

Este trecho introdutório apresenta os dois principais motivos para a implantação de uma ditadura: o primeiro seria extinguir os partidos políticos, que com suas disputas ideológicas estavam causando perturbações à ordem constitucional. E segundo lugar, o medo do comunismo, insuflado pela descoberta do famoso Plano Cohen, documento que supostamente apresentava esboços de um plano para implantação do comunismo no Brasil, mas que Fausto atribui a este um pretexto para reacender clima golpista (FAUSTO, 2007, p. 363).

Com a centralização do poder nas mãos do Presidente Getúlio Vargas, este passou a deter o poder de inclusive legislar por meios de decretos até a realização de plebiscito (que não foi realizado), conforme art. 180 da Constituição de 1937, que dizia: “Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” (BRASIL, 1937) E foi através de um decreto lei que se positivou o diploma de crimes existente até os dias atuais, qual seja, o Código Penal de 1940. Em que pese o Código Penal Brasileiro em vigor ter sido positivado na década de 1940, este passou por algumas alterações até chegar aos dias atuais.

Depois de visto o cenário político-econômico e jurídico que envolvia o período histórico de positivação dos Códigos Penais no Brasil, no próximo tópico pretende-se tecer algumas linhas sobre o processo de positivação das normas materiais criminais brasileiras.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO PENAL POSITIVADO NO BRASIL

Nesta parte do segundo capítulo haverá a apresentação de informações históricas, específicas da legislação penal. O objetivo desta etapa é observar como as normas regressivas foram usadas pelos governos seja para adequar a legislação um novo regime de governo, ou seja, para se sustentar

3.2.1 Das Ordenações Filipinas ao Primeiro Código Criminal Brasileiro

Como se adiantou na seção anterior, durante o período colonial a norma que vigia sobre o direito penal era contidas nas famosas Ordenações Filipinas, um emaranhado de normas de todas as matérias jurídicas. Entretanto, com a declaração da Independência em 1822, foi necessária a criação de um novo arcabouço jurídico próprio do Brasil, e após a outorga da Constituição Federal de 1824, a próxima codificação imperial foi o Código Criminal de 1830.

Sobre as correntes filosóficas e ideológicas que influenciaram a elaboração do Código de 1830, José Henrique Pierangeli explica que:

As idéias liberais que chegavam até nós, a propaganda individualista que se desenvolvia, quase que simultaneamente, na França e nos Estados Unidos, deveriam orientar toda a formulação da legislação Novel nação. Elas não faltaram na Constituição e nem poderiam, por razões óbvias, se excluídas do Código Criminal (PIERANGELI, 2001, p. 66).

Como já foi explanado neste trabalho, o liberalismo vindo da Revolução Francesa do século XVIII foi a corrente ideológica que influenciou de grande maneira o ordenamento jurídico imperial, não ficando a norma penal de fora. Wolkmer concorda com a opinião de Pierangeli e acrescenta que o diploma incriminador esboçava o que de melhor havia em sua época, no que se refere às ciências criminais, além de reduzir a crueldade das penas comparadas com as estabelecidas nas ordenações lusas. Além disso, introduziram-se os princípios da legalidade na proporção entre delito e pena, bem como o da pessoalidade da penas, em que se vedava a transferência da pena aos descendentes (PIERANGELI, 2001, p. 105).

Sobre a autoria do Código Criminal do Império, Pierangeli especifica que:

O projeto de Bernardo de Vasconcellos continha tanto a parte de direito penal como a de processo, apresentando-se, por consequência, como mais completo. De formação ideológica liberal, conquanto adaptado às concepções escravocratas aqui vigentes na época, era o autor formado em direito por Coimbra, onde fora aluno de Pascoal de Mello Freire [...]. (PIERANGELI, 2001, p. 66).

O Imperador já vinha instituindo leis esparsas e ao promulgar uma delas externou urgência na elaboração de codificações civil e penal. Logo surgiram dois anteprojetos, um de José Clemente Pereira e outro de Bernardo de Vasconcellos, que foi o acolhido pela assembleia imperial por conter dispositivos de ordem processual. Contudo, como observado na seção anterior deste trabalho, a parte processual foi superada pela promulgação do Código de Processo Penal em 1832. Aliás, ambos os personagens eram formados em Direito pela Universidade de Coimbra. Por fim, Pascoal de Mello Freire (luso), que foi professor de Vasconcellos em Coimbra, teve grande influência no anteprojeto de Código Criminal escrito pelo mestre em Portugal (PIERANGELI, 2001, p. 66).

O Código Criminal do Império foi bem recepcionado pela comunidade jurídica internacional, embora houvesse distorções advindas da cultura conservadora e escravocrata que existiu até fins do século XIX:

[...] o Código Criminal do Império do Brasil teve expressiva repercussão na Europa. Provavelmente porque deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedava a aplicação de pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época. (PIERANGELI, 2001, p. 72).

Como mencionou o autor, em que pese a cultura escravocrata e talvez as reformas necessárias para melhor adequar-se a realidade nacional, este diploma teve boa receptividade perante o velho continente e, inclusive, foi traduzido para o francês. (PIERANGELI, 2001).

Passadas seis décadas da promulgação da codificação penal imperial, muitas mudanças ocorreram, como: o fim da escravidão com a Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, bem como a proclamação da república, em 15 de novembro de 1889. Logo, em virtude das referidas mudanças, houve a necessidade de reformulação do ordenamento jurídico para que fosse adequada a esta nova realidade do país. Além disso, estranho fato se apercebe neste momento, diante da criação dos dois

primeiros instrumentos normativos republicanos: o Código Penal de 1890 e um ano após, 1891, foi criada a Constituição Federal. Qual a razão para a criação de um ordenamento repressor antes de outro mais importante para todo o ordenamento, incluindo o Código Penal, como a Constituição Federal? Talvez a explicação esteja no primeiro evento citado neste parágrafo, qual seja, a extinção da escravidão.

3.2.2 O Primeiro Código Republicano

Portanto, o anteprojeto de Código Penal agora republicano ficou a cargo de Batista Pereira, sendo que passou por uma comissão revisora instituída pelo Ministro da Justiça, Sr. Campos Salles, promulgado em 11 de outubro de 1890, através do Decreto n. 847. As inovações em comparação ao revogado eram: abolição da pena de Galés, redução para 30 anos das penas antes perpétuas e instituição da prescrição das penas. (PIERANGELI, 2001, p. 74).

Todavia, Gizlene Neder apresenta quais foram os anseios das elites nacionais burguesas impressas no texto da codificação criminal republicana:

Os juristas pensam, a um só tempo, na “civilização”, no “progresso” e na “modernização”, noções que são incorporadas aos vários projetos para o Brasil que emergem naquela virada de século. Pensam também o Brasil enquanto “nação”, a ser recortada em sua especificidade face ao estrangeiro. E formulam um tipo particular de preocupação com o disciplinamento social, tido como base para os projetos de uma “nação modera e civilizada”. (NEDER, 1995. p. 12).

Portanto, em fins do século XIX, os ideais liberais de “civilização”, “progresso” e “modernização” ao estilo europeu vinham sendo incorporados na cultura dos juristas, que, por razões simples, começaram a incorporá-las na formação do ordenamento jurídico que deveria fazer parte da nova república.

Alvarez, Salla e Souza acrescentam que:

As pesquisas que enfatizam o Código de 1890 enquanto instrumento de construção de uma ideologia burguesa do trabalho, detém-se principalmente nos dispositivos situados no Livro III, acerca das contravenções penais, referentes aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiras. Estes artigos mostram, sem dúvidas, a intenção da autoridade republicana de inibir a ociosidade e obrigar as classes populares ao trabalho. (ALVAREZ, SALLA, SOUZA, 2003, p. 05).

Portanto, a ideologia liberal de *civilização* e de *progresso* vinda da Europa estava relacionada com a cultura do trabalho, que mereceu ainda a preocupação do legislador penal de 1890, com a criminalização dos *ébrios, mendigos, vadios e capoeiras*. Ressalte-se que salvo os *capoeiras*, a criminalização dos demais era prevista no revogado Código de 1830. Portanto, o trabalho é a forma de domesticar a população para torná-la *civilizada* e assim buscar o *progresso*. Ou seja, o Código confirmava, com imputação de crime, o chavão *o trabalho dignifica o homem*.

Sobre a indagação anteriormente levantada, José Murilo de Carvalho apresenta indício para a resposta: “Abolição lançou o restante da mão-de-obra escrava no mercado de trabalho livre e engrossou o contingente de subempregados e desempregados. Além disso, provocou um êxodo para a cidade proveniente da região cafeeira do estado do Rio [...]” (CARVALHO, 2008. p 16). Nesse sentido, a libertação dos escravos fez com que muitos deles, buscando subsistência, fossem para as cidades. Observa-se que, como nos parques fabris havia postos de trabalho somente para os imigrantes europeus, sobrou aos negros o subemprego e a marginalidade, visto ainda pesar sobre eles todo o preconceito racial. Ainda sobre o negro livre, “nas regiões de forte imigração, ele foi considerado um ser inferior, perigoso, vadio e propenso a crimes; mas útil quando subserviente” (FAUSTO, 2007. p. 221). Portanto, a criação de uma lei repressora, ao que parece, seria mais útil no momento do que a promulgação de uma Constituição.

A partir de 1932, passados quarenta anos de vigência do diploma repressor, várias leis esparsas foram criadas para preencher as lacunas ou suplementar a norma mestra incriminadora. O trabalho de reunião destas leis junto ao Código Penal foi dado a Vicente Piragibe, que era desembargador na Corte de Apelação Criminal do então Distrito Federal e membro de uma das câmaras criminais do mesmo. Seu trabalho foi publicado como *Código Penal Brasileiro*, mas foi aprovado e adotado como *Consolidação das Leis Penais* através do Decreto-Lei n. 22.213/1932. (BRASIL, 1932). Esta denominação vigorou até o Código Penal de 1940 (PIERANGELI, 2001).

Contudo, outro fato político foi determinante para que o Código Penal necessitasse novamente de reforma: o Estado Novo. A Europa da década de 1930 vivia em um clima de Autoritarismo, tanto pelo Fascismo italiano de Mussolini, quanto pelo Nazismo alemão de Adolf Hitler. No Brasil, o fascismo ganhou força com formação do Movimento da Ação Integralista Brasileira, sendo que este se

assemelhava aos movimentos europeus pelo nacionalismo exagerado, autoritarismo e anticomunismo (FAUSTO, 2007. p. 356).

No plano legal, como explanado anteriormente, ao pretexto do plano Cohen e dizendo combater o comunismo, bem como acabar com as dissidências ideológicas partidárias, Vargas, mergulhado no autoritarismo que ocorria no mundo e no Brasil, outorgou a Constituição “Polaca” de 1937³ e criou o Estado Novo. Logo, o Código Penal deveria atender ao novo clima autoritário do Estado varguista, sendo o melhor instrumento para se valer a nova ordem é indubitavelmente o direito penal que se normativa ao talante opressor. Além deste motivo determinante para a criação de uma nova norma penal, também pesavam inúmeras críticas ao Código de 1890, devido ao fato de ter sido elaborado e promulgado às pressas (PIERANGELI, 2001, p. 77-78).

3.2.3 O Código Penal de Rocco e o natimorto de 1969

O novo Código Penal foi positivado através do Decreto-Lei n. 2.848/1940, inspirado no Código Penal italiano de 1930, conhecido como Código Rocco, com influência fascista. Todavia, muito embora a nova codificação tenha sido elaborado em um clima de forte autoritarismo, seus criadores eram notórios juristas e sabedores das tendências político-criminais de sua época. Dentre os juristas estavam: Nelson Hungria, Roberto Lyra e Antônio José Costa e Silva. (CAMARGO, 2006, p. 105)

Monica Ovinski Camargo apresenta um personagem importante no que tange a esta nova codificação:

Surpreende observar que Francisco Campos afirmava crer nos ideais democráticos, entretanto desprezava os institutos políticos democráticos formais, ou seja, os meios pelos quais a democracia indireta se satisfaz, impondo restrições às questões submetidas ao sufrágio universal, ao poder de controle e interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, à democracia de partidos, os quais julgava liquidados pela extensa crise do liberalismo político e pela carga de irracionalidade com que foram concebidos perante a complexidade apresentada pelo Estado. (CAMARGO, 2005, p. 106-107).

³ Polaca por ser a Constituição Federal de 1937 espelhada da Constituição da Polônia.

Como demonstra Camargo, Francisco Campos foi o grande aliado jurídico de Getúlio no sentido de estruturar em leis a positivação de suas intenções autoritárias. Tal parceria foi possível, segundo a autora, porque Campos nunca escondeu sua defesa aos ideais totalitários, mesmo porque entendia que o totalitarismo era o meio necessário para se chegar à plena democracia (CAMARGO, 2005, p. 107). Ou seja, Campos entendia que era necessário um estado centralizado e organizado tendo como objetivo o ataque ao liberalismo político e ao comunismo, para posteriormente se chegar à democracia.

Segundo Camargo, uma nova norma processual penal também era importante:

A importância do Código de Processo Penal naquele instante da histórica política brasileira estava além da questão de servir aos propósitos autoritários de Vargas. Desde a Constituição Republicana de 1891, a competência para legislar em matéria processual concentrava-se, em grande parte, na esfera de poder das unidades da federação, ou seja, cada estado detinha o poder constitucional de editar as normas de processo penal como melhor lhe conviesse. Unificar a legislação em todo o território nacional fazia parte do ideário reformista de Vargas, já que isso era um grande fatos de fortalecimento do poder central. (CAMARGO, 2005, p. 109).

Não só um novo Código Penal, mas um novo Código de Processo Penal serviriam para centralizar ainda mais poder nas mãos de Getúlio Vargas.

Em arremate, tem-se que houve a tentativa de reformulação da codificação em voga em 1969, pelo então governo ditatorial que vigia na época – governo imposto pelo quinto golpe de estado - através do Decreto-Lei n. 1.004/1969. Todavia, fora este revogado no período de *vacatio legis*, pela Lei n. 6.578/74 (PIERANGELI, 2001). Por fim, tem-se que o Código Penal de 1940 recebeu importante reforma em sua parte geral proveniente da Lei n. 7.209/84.

Depois deste breve panorama sobre o processo de positivação no ordenamento Brasileiro das codificações penais, cabe agora apresentar considerações acerca do objeto centralizado deste trabalho, que é averiguar as mudanças e permanências de entendimento no que tange ao Crime de Estupro, partindo-se de uma evolução História do Direito Penal.

3.3. EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CRIME DE ESTUPRO.

Esta parte do trabalho é uma das mais importantes, pois é a de maior aproximação com o objetivo central proposto, que é observar as mudanças ou permanências de mentalidade do Direito Penal sobre o Crime de Estupro. Todos os doutrinadores são unânimes em relatar que este é um dos crimes mais antigos a ser tutelado pela sociedade. E um breve relato sobre a concepção dos povos antigos é interessante neste momento, mesmo que apresentado de forma breve, visto que o foco será a perspectiva histórica da legislação criminal brasileira.

3.3.1. Estupro no Código Criminal de 1830

Passando agora para as legislações genuinamente brasileiras, a começar pelo Código Criminal de 1830, que vigorou no tempo imperial, o termo estupro fora empregado de forma abrangente, incluindo também as seguintes condutas criminosas (defloramento, cópula violenta, atentado violento ao pudor, sedução) (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 116); dando, também, nome a uma das seções integrantes do título *Crimes contra a segurança da honra*, e aqui começa a tutela penal da honra - em que se encontravam outros crimes como sedução de mulher honesta e o defloramento (NORONHA, 1983. p. 107). A dita seção era composta dos seguintes artigos:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas. (BRASIL, 1830).

Percebe-se, além de ter dado denominação, que o termo estupro aparece sem definição específica em dois dispositivos, o 220 e 221. Porém, dentre os dispositivos elencados, o que mais guarda semelhança com a denominação atual é o art. 222, que inclusive nem menciona o termo estupro, mas apresenta a cópula carnal com violência. Outra peculiaridade deste diploma foi à extinção da pena capital por outras como: degredo⁴, desterro, prisão (máximo 12 anos) e obrigação de dotar a ofendida⁵. Porém, fora o início da seletividade entre mulher “honesta” e “não honesta” ou prostituta.

Alguns institutos foram extintos com o decorrer dos anos e um deles foi a obrigação de dotar a vítima, visualizado no art. 220 e 221. Sobre a natureza jurídica do dote, Francisco Luiz explica que: “A obrigação de dotar a offendida, imposta aos réos dos crimes de estupro e rapto, não é multa, nem lhe póde ser equiparada; e por tanto o dote só póde ser exigido e liquidado por meio de acção civil e unicamente n’este juízo”. (LUIZ, 1895, p. 421). Ou seja, o dote da mulher violentada sexualmente não possuía natureza de multa, mas sim indenizatória, podendo ser cobrada no juízo cível.

Cabe registrar que a competência para julgamento do crime de estupro no Código Criminal era pelo Conselho de Sentença e Francisco Luiz apresenta como seriam os quesitos aos jurados:

1 ° O réo F... no dia ... e o logar... teve copula carnal em F...?

2 ° O réo para este fim fez em dita F... as violencias descriptas no auto de corpo de delicto de fl. ?

⁴ O degredo foi uma pena judicial utilizada em vários países e durante períodos diferentes que consistia na expulsão do condenado do local de sua residência por um período predeterminado, ou em alguns casos, podendo também ser perpétuo. Desterro é considerado sinônimo.

⁵ Dotar a ofendida era o direito a indenização da ofendida. Conceituação do art. 1.548, II do Código Civil de 1916. Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: [...]III. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

3º Dita F... era então mulher virgem?
 4º Dita F... era mulher honesta? (LUIZ, 1895, p. 427).

Os quesitos da época eram elaborados de forma a comprovar se as mulheres eram honestas ou desonestas, ou seja, merecedoras da tutela penal.

3.3.2 Estupro no Código Penal de 1890

Após o Código de 1830, foi a vez de a república conhecer sua primeira codificação em 1890, com o Decreto n. 847. Neste, foi corrigida a conceituação que ficou restrita a dois artigos específicos, encravados entre os crimes do título *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor*, e capítulo *Da Violência Carnal, verbis*:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
 Pena: de prisão cellular por um a seis annos.
 § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:
 Pena: de prisão cellular por seis mezes a dous annos.
 § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.
 Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.
 Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos. (BRASIL, 1890).

Restringindo-se a dois artigos, o que primeiro se observa foi o abrandamento da pena, que antes poderia chegar a 12 anos, agora não passa de 6 anos.

Para uma melhor percepção da época da instituição do crime de estupro no Código de 1890, mister se faz algumas linhas sobre como os juristas da época observaram este crime, para assim poderem observar melhor suas conclusões sem a contaminação do tempo presente, além de propiciar uma melhor compreensão da mentalidade de fins do século XIX, como o é a doutrina de Francisco Viveiros de Castro.

Viveiros de Castro definiu o conceito de estupro da seguinte forma, como também é previsto no art. 269, *caput*, do Código Penal:

Estupro, define o Código Penal da Republica, é o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. A Corte de Cassação definiu o estupro o acto de abusar de uma mulher sem a participação de sua vontade. Segundo Chauveau-Hélie⁶ estupro é toda conjunção ilícita commettida pela força e contra a vontade da mulher. (CASTRO, 1897, p. 87).

Primeiramente, aqui aparecem as diferenças entre o crime de defloramento (art. 267) e estupro (art. 268). Além de este ser mais grave, vê-se que o estupro é efetuado sem o consentimento da vítima e com uso de violência. Mesmo sendo crime dos mais repugnante, ele é de ação penal privada e seguia as mesmas regras para instauração da competente ação criminal.

Como previa o *caput* do art. 269: “Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não”, o estupro podia ser cometido contra mulheres casadas e prostitutas, pois não era necessário ser virgem. A virgindade possuía um significado destacado para a sociedade brasileira de fins do século XIX e início do XX e, nas palavras singelas de Francisco Viveiros de Castro, violá-la, significaria “deflorar, desfolhar, arrancar a flor.” (CASTRO, 1897, p. 42-43). Sobre a virgindade Estacheski explica que:

A virgindade era entendida como um bem a ser protegido e nesta empreitada empenhavam-se todos os homens e as instituições por eles representadas, Estado e Igreja. Era mais do que um bem pertencente à mulher, pertencia à família, pois sua perda acarretaria na desonra familiar, era também um bem público já que sua preservação era sinal de respeito aos bons costumes e sua falta sinal de desrespeito a uma ordem moral. (ESTACHESKI, 2010, p. 13).

A virgindade era uma *flor* a ser protegida pela família e pela sociedade através do Direito Penal, tendo a cultura religiosa forte influência para esta questão. Aliás, para as mais pobres, a virgindade era tratada como um verdadeiro *tesouro* (ESTACHESKI, 2013, p. 17).

Ao tecer comentários sobre a honestidade masculina e feminina, Dulce Estacheski estabelece que:

Havia uma diferença no entendimento de moralidade e honra para homens e mulheres no período, para eles estes conceitos se referiam à postura de provedores e defensores do lar, para elas vinculavam-se à vivência de uma sexualidade regrada. Os homens eram considerados honrados se

⁶ Adolphe Chauveau e Hélie Faustin são doutrinadores de Direito de Penal Francês.

conseguissem sustentar suas famílias, se fossem trabalhadores honestos e capazes de atitudes de coragem para proteger a honra da família que estava também vinculada à moralidade das mulheres. Esta moralidade tinha relação com a conduta sexual. Eram exemplos de conduta ideal as mulheres solteiras virgens, casadas e fiéis ou viúvas castas. (ESTACHESKI, 2013, p. 17).

A honestidade masculina, segundo a autora, estava ligada à força física, ao proceder digno no trabalho e na manutenção da família. Noutra norte, a moralidade feminina estava ligada diretamente à conduta sexual, reservando a maior discricção possível. Logo, Estacheski define a *mulher honesta* como: a solteira virgem, casadas deveriam ser fiéis e castas na viuvês, ou seja, quanto mais discretas, mais honradas, visto que um deslize poderia por em desonra não só a si própria, mas ao seu marido e a sua família. Estacheski observou que a moralidade não só da mulher era utilizada pelos advogados para desqualificar a vítima:

Diversos fatores podiam desabonar a concepção moral de uma jovem e tornarem-se alegações dos advogados de defesa do homem, a situação irregular da família, a liberdade excessiva, se ela não era educada num ambiente de recato, se carecia de assistência materna, se vivia em habitação coletiva, se sua irmã não casou virgem ou cometeu aborto, se tinha um irmão alcoólatra ou pais separados. (ESTACHESKI, 2013, p. 17).

Percebe-se como era difícil a manutenção da honra da mulher, a qual sobrava a reclusão do recinto familiar - sob a proteção do pai e depois a do marido - e fora deste, nas idas à Igreja.

A mesma autora ainda elenca que além das “honestas” e as “desonradas”, havia uma terceira classificação, as prostitutas:

Nem pecadoras e nem desonradas, as prostitutas pertenciam a outro grupo, o das mulheres sem honra. Deste grupo também faziam parte as escravas, as negras, as índias e qualquer mulher que não vivesse sob uma proteção masculina. A virtude destas mulheres não era alvo de interesse e os homens consideravam lícito manter relações sexuais com elas, pois ao não possuírem honra, não poderiam perdê-la e nem seria necessário restaurá-la. (ESTACHESKI, 2013, p. 33).

Esta terceira classe delimitada pela sociedade moralista da época referida era constituída por mulheres que estavam na escala abaixo das *desonestas*, classe esta composta pelos demais *corpos abjetos* da sociedade, quais sejam: escravas, negras e índias, além daquelas que não possuíam uma vida recatada e ousavam viver sem a tutela masculina direta.

Todavia, o fato de ser cometido o crime contra mulheres casadas e prostitutas ou mulheres consideradas *não honestas*, cabia uma atenuação de pena, conforme é previsto no parágrafo primeiro do citado artigo: “Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão cellular por seis mezes a dous annos”. A redução é considerável, o que mostra o desprestígio e também o preconceito que havia com a prostituta ou “não honesta”. Castro justifica a redução da pena, alegando que:

A prostituta, a mulher que faz commercio de seu corpo, recebendo homens que a pagam, não tem sentimento de honra e de dignidade. Quem della abusa contra sua vontade não lhe prejudica o futuro, não mancha o seu nome, sua reputação. E' certo que a prostituta tem o direito de dispor livremente de seu corpo, de receber ou recusar o homem que a solicita. Mas quem ataca esse direito commette um crime, não contra a honra, que não existe, mas contra a liberdade pessoal, obrigando a victima com violências e ameaças a praticar um acto que não queria. (CASTRO, 1897, p. 123-124).

Justifica a redução da pena em abstrato pelo fato de a prostituta não ser mais digna de sentimento de honra e dignidade. Ou seja, o crime de estupro possuía dois bens juridicamente tutelados: a liberdade sexual e a honra; logo, a mulher *honestas* possuía ambos os direitos, todavia, a prostituta, na visão de Castro, não merecia proteção à honra, pois o seu proceder não era digno de honra e, portanto, não merecia proteção do Direito Criminal. Ao se fazer uma ponderação entre os bens jurídicos apresentados – liberdade sexual e honra -, o código demonstrava que a moralidade e a honra se sobrepunham à liberdade sexual, pois mais da metade da pena em abstrato, aproximadamente 2/3, está vinculado à honra (6 anos), já o abuso empregado com força vale 1/3 da pena (2 anos).

Sobre a questão da honestidade das mulheres perante estes crimes sexuais, Fleck, Korndörfer, Cadaviz, ao analisarem processos de crimes sexuais na cidade de Porto Alegre/RS entre os anos de 1890 até 1904, revelam que:

As mulheres que se apresentavam como “ofendidas” (vítimas de crime sexual) precisavam provar sua honestidade e a de sua família para serem, então, consideradas merecedoras de proteção da justiça. Mulheres honestas, por exemplo, não possuíam desejo sexual. Os homens acusados de crimes sexuais também era julgados por sua conduta, por aquilo que eles eram, e não somente por serem ou não os autores do crime pelo qual eram acusados. Homens de “bom caráter”, trabalhadores, tinham mais chance de serem absolvidos. (FLECK, KORNDÖRFER, CADAVID, 2005 p. 3-4).

Os autores demonstram que a mulher, daquela época, para que pudesse pleitear a tutela penal, tinha que primeiro comprovar sua honestidade e de sua família, em face da honestidade do homem que era presumida. Logo, na prática do sistema judiciário, a mulher tinha que demonstrar ser honrada e recatada para ser digna de receber a proteção do estado; diferente da situação do homem, que por gozar das benesses de ser o chefe da família, o trabalhador, era presumidamente honesto. A jurisprudência também considerava tanto a virgindade como a honestidade elementos essenciais ao tipo penal de estupro, como no julgado seguinte: “A virgindade da mulher estuprada, ou a sua honestidade, quando não é virgem, são elementos que do crime definido no artigo supra” (GAMA, 1929, p. 380).

A violência empregada, segundo Vivieros, poderia se dar de várias formas: “A subjugação da mulher pôde ser effectuada pela violência *physica*, pela violencia *moral*, pela fraude, no somno, pela sua *incapacidade em consentir*, pelo emprego de meios que aniquilem a vontade (CASTRO, 1897, p. 88). Ou seja, a violência empregada no crime de estupro não era somente física, mas todo tipo de artimanha que incapacitasse a vítima de exercer sua defesa frente ao agressor. Além disso, a violência não era presumida, ela deveria ser devidamente constatada, pois não havendo indícios fortes da violência contra mulher, poderia ser sinal de *consentimento livre da moça*, o que descaracterizaria o delito. Por isso, defendem os juristas que o laudo médico era a prova essencial que materializaria o estupro com violência física, pelas marcas que eventualmente fossem encontradas no corpo da vítima, porquanto somente o depoimento da ofendida era insuficiente, pois em muitos casos era intencionalmente falseado (CASTRO, 1897, 93). Logo, a palavra tão somente da vítima não possuía valor para a instrução processual, pois era presumidamente falseada, demonstrando a dificuldade de se constituir juridicamente uma prova da violência sexual e das lesões referidas por Castro.

Ainda sobre a violência, para Castro, em sua modalidade moral, é aquela que o agente recorre às ameaças empregando meios que paralise a resistência da vítima, como é o caso de ameaças de morte, com uma arma apontada para a vítima (CASTRO, 1897, p. 93). Sobre as outras formas de privar a mulher de seu poder de resistência para com a agressão, que estão preconizadas no parágrafo único do art. 269 do CP, Castro, como um atuante operador do direito que foi, ao desempenhar cargos na promotoria e na magistratura, percebeu a falha da definição empreendida pelo legislador penal de 1890:

A má redacção do artigo não deve porém ser um obstáculo á sua verdadeira interpretação. Exemplificando, parece que o legislador quiz restringir os meios de coacção ao emprego do hypnotismo e das substancias anesthesicas e narcóticas. Mas se o estupro, como elle define, é o abuso da mulher com violência, se a violência não é somente a força physica, mas o emprego de meios que privem a mulher da possibilidade de resistir e defender-se, as ameaças, que coagem-lhe a vontade, que forçam-na á pratica do acto, constituem certamente uma modalidade da violência. (CASTRO, 1897, p. 94).

O autor elenca que o rol de elementos caracterizadores de violência do parágrafo único do art. 269 não era taxativo, mas exemplificativo, visto que as formas de anulação da resistência da vítima poderiam ser várias, inclusive a chantagem, como o seguinte exemplo:

Um juiz tem de decidir uma questão, a posse de uma herança, decisão que tornará rica ou pobre uma das partes litigantes, uma mulher. Solicita os favores dessa mulher, promette decisão favorável no pleito. Ella hesita entre o interesse e a honra, não se decide. Então sob *ultimatum* enérgico, peremptório, o juiz declara em termos a não permittir duvidas que a decisão lhe será contraria. A mulher cede. Houve aqui uma ameaça que não affectava a vida e a honra, mas dizia respeito a importantes interesses. (CASTRO, 1897, p. 96).

Claro que chantagem neste exemplo também poderia ser configurada como ameaça, mas Viveiros não hesita em mostrar que se configurou o estupro neste caso. A fraude também poderia ser meio de obstar o consentimento da vítima, levando a vítima a erro, como, por exemplo, quando o agressor entra no quarto da mulher casada, sabendo da ausência repentina do marido, e aproveita-se para se passar como marido da vítima, levando-a, muitas vezes sonolenta, a erro. (CASTRO, 1897, p. 97).

Em outra passagem da obra de Viveiros, a superioridade do homem é evidenciada sobre as mulheres. Viveiros faz então seguinte indagação ainda sobre o tema estupro: A mulher casada pode dar queixa de seu marido por tê-la estuprado? O autor responde:

É preciso distinguir. Se houve apenas a consummação do matrimônio, a cópula natural, **qualquer que tenha sido a resistência da mulher, qualquer que sejam os meios empregados pelo marido para vencer esta resistência, a queixa não pôde ser acceita em juizo. Não houve crime e sim o exercício de um direito.** Casando-se livre e espontaneamente, a mulher sujeita-se ás conseqüências de seu acto, contrahe obrigações a que não pôde furtar-se por um capricho ou um arrependimento tardio. O marido, que tem deveres e onus a cumprir, tem também o gozo de certos direitos. A copula não é o fim único e exclusivo do

casamento, mas é indispensável, inerente á instituição, que tem como um de seus mais nobres fundamentos, a propagação da espécie, a criação e educação da prole (CASTRO, 1897, p. 124). (Grifo nosso).

A virgindade e as relações sexuais eram interpretadas como um direito que o marido adquiria ao contrair matrimônio e a mulher deveria sujeitar-se aos atos do marido, pois ao contrair matrimônio havia se comprometido com os atos relacionados a vida conjugal e as relações sexuais eram um deles, mesmo contra a vontade do cônjuge virago. Mais uma vez a moral, a honra do marido e da família e a necessidade de constituição da prole se sobrepujam à autonomia e às vontades da esposa. Ressalta o autor que não poderia a mulher empreender resistência à cópula, pois ele apenas estava exercendo seu direito contraído pelo casamento. Argumenta ainda Viveiros que a mulher somente teria direito de apresentar queixa contra seu marido em uma exceção: a sodomia⁷, pois neste caso o *direito* do marido não era pleno, sendo este proceder considerado excessiva libertinagem e depravação moral e que por este motivo o crime não seria estupro, mas atentado contra o pudor (CASTRO, 1897, p. 125). Não era difícil analisar que esta prática era abominada também pelo fato de ser um meio inábil de geração da prole. Aliás, os filhos nascidos em virtude de estupro eram considerados intrusos ou bastardos, que maculavam e muito a honra de toda a família da vítima. (CASTRO, 1897, p. 156-157).

Para encerrar, outros artigos da codificação revelavam circunstâncias de aumento ou redução de pena, bem como a classificação da ação penal:

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:

1º, si o criminoso for ministro de qualquer confissão religiosa;

2º, si for casado;

3º, si for criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.

E com augmento da quarta parte:

4º, si for ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida;

5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.

Paragrapho unico. Além da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida.

Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento official de justiça sómente nos seguintes casos:

1º, si a offendida for miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade;

⁷ No significado do Dicionário, significa cópula anal, especialmente com mulher (Dicionário Prático Escolar, 1992, p. 389).

2º, si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida;

3º, si o crime for perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.

Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Paragrapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior. (BRASIL, 1890)

Encerrando o tema do estupro, contido nos artigos 268 e 269 do Código Penal de 1890, admitia-se a forma tentada e o concurso de agentes (coautor e cúmplice). Além disso, como no caso do defloramento, a ação penal era, em regra, de iniciativa privada, mediante queixa da ofendida ou por seu representante legal. O prazo de prescrição para a queixa era de 6 meses contados do dia do cometimento do crime (CASTRO, 1897, p. 207) Além disso, o casamento era uma das formas de extinção da punibilidade, podendo, inclusive, o consentimento ser suprido judicialmente. Estacheski, aliás, explica que o casamento “assim como a vida religiosa, não representava somente uma escolha vocacional para as mulheres, mais do que isso, possuía um papel regulador, mantenedor e restaurador da honra feminina” (2013, p. 30). Observa-se que o contrato matrimonial representava a chance das desonradas restabelecerem parte da moralidade perdida.

3.3.3 Código Penal de 1940: o Código Fascista.

A Consolidação das Leis Penais de 1932 não alterou o Código de 1890, continuando o crime de estupro expresso nos artigos 268 e 269 deste diploma. Todavia, o Código Penal de 1940 apresentou algumas mudanças em relação ao de 1890. Nesta parte, ainda sobre a perspectiva histórica, serão abordadas as mudanças trazidas no texto original do crime de estupro, tal como fora pensado pelo legislador penal em 1940. Posteriormente se passará pelas mudanças legislativas até a última que se deu em 2009.

Começa-se pela tipificação primeira do delito no texto original em 1940, que estacionou no art. 213 da seguinte forma: “Art. 213. Constranger mulher a

conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos”. À primeira vista, percebe-se que o texto do crime ficou menor em relação ao anterior, porém, a pena fora aumentada, ficando o limite em 8 anos além de ter extinguido a expressão mulher honesta.

Magalhães Noronha assevera que:

O bem jurídico que o art. 213 protege é a liberdade sexual da mulher, é o direito de dispor do corpo; é a tutela do critério de eleição sexual de que goza na sociedade. É um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda que mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita. A liberdade de escolha nas relações sexuais é, dessarte, o bem que o Código, nos precisos termos do art. 213, tem em vista. (1983, p. 108).

Na letra da lei de 1940, o crime de estupro versava sobre manter a força relação sexual, ou seja, sobre a liberdade da mulher em aceitar ou recusar o pedido do homem. Todavia, Noronha deixa transparecer *entre linhas* que não somente a reação violenta do homem que deseja contrair relações carnavais, mas também as relações morais de honra pesam não na tipificação do delito, senão na dosagem da pena. Tal recíproca se comprova em outro trecho de sua defesa da honestidade na seguinte passagem:

Somos do parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro da prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se *alugar*, de comerciar com seu corpo, não perde o direito de dispor dele e conseqüentemente merece proteção legal. O coito contra sua vontade é um atentado à liberdade sexual e, portanto, não poderia deixar de fazer parte do capítulo I do Título VI. Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece-nos haver grande distância (NORONHA, 1983. p. 111).

Logo, Noronha projetou-se contrário a retirada do código penal, no que se refere ao crime de estupro, a menção à mulher “honesta”.

Conjunção carnal para o referido autor seria: “exclusivamente o congresso sexual, realizado por meio do membro viril e do órgão sexual da mulher. É o coito normal, em que de um lado há o sujeito ativo – o homem – e do outro a vítima ou o sujeito passivo – a mulher” (NORONHA, 1983, p. 109), logo, a cópula que configuraria o delito somente era a normal, a vagínica, sendo que as outras formas de conjunção (anal e oral) configurariam outro crime, o atentado violento ao pudor, em virtude dos atos de libidinagem (art. 214, CP/1940). Além disso, a cópula

normal configura crime mais severo por trazer consequências muito dolorosas à vítima: a gravidez e o desvirginamento (NORONHA, 1983. p. 114)

Por ser crime material, admitem Hungria e Lacerda a forma tentada deste crime sexual, argumentando que:

O estupro consuma-se com a *immisio penis in vaginam*. Basta uma introdução parcial (que torne possível a cópula), e não é necessário o orgasmo ou a ejaculação. Não se faz mister o acabamento da cópula, com a *immisio seminis*. Se não há introdução do membro viril ou se ocorre o simples contato superficial dos órgãos genitais, não poderá ser reconhecida senão a *tentativa de estupro*. (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 126).

A consumação, segundo Hungria e Lacerda, dependem da introdução do pênis no órgão genital feminino, mesmo que parcialmente, havendo falar em tentativa quando houver o mero toque do membro masculino na vagina feminina. Hungria e Lacerda explicam que o sujeito ativo e passivo somente poderiam ser homem e mulher respectivamente, em virtude da conjunção carnal. Porém, explicam que a mulher poderia atuar como partícipe, por mandado, instigação ou auxílio. (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 124)

No que tange à prova do crime de estupro, Hungria e Lacerda ponderam que:

O estupro é daqueles crimes que se praticam, por necessidade mesma do seu êxito, a coberto de testemunhas (*qui clam committi solent*); mas, na ausência de indícios concludentes, não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa, notadamente se esta não apresenta vestígios da alegada violência. Tais declarações devem ser submetidas a uma crítica rigorosa. Se é alegada a violência moral (ameaça), a prova é difícilíssima, desde que não haja confissão do acusado ou testemunhos excepcionalmente positivos. [...] Mesmo no caso de violência física, se desta não ficam traços, a prova não será fácil. (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 127).

Com razão os autores quando explicam que o estupro é um tipo de crime que tem como principal característica a ausência de testemunhas. Todavia, registram a desconfiança nas declarações da vítima e alegam que estas devem ser acompanhadas de outros indícios, como a confissão do acusado ou vestígios de violência física. Não bastasse tal desconfiança nas declarações da vítima, os mesmos ainda reforçam a perspectiva da Escola Positivista, expondo que “Antes de tudo, é preciso não esquecer que, em matéria de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são frequentes as acusações falsas, notadamente

por parte de mulheres histéricas e neuropáticas”, reforçando estereótipos da Escola lombrosiana de que as mulheres, devido aos hormônios liberados na gravidez (inclusive no puerpério) e também na menopausa, seriam propensas a ataques de histeria e transtornos neurológicos (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 128).

Noronha deparou-se com a mesma indagação feita por Viveiros de Castro no fim do século XIX sobre o estupro praticado pelo marido, e sua versão – quase um século depois – não mudou muito:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem o direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido. (NORONHA, 1983. p. 109)

Noronha, então, explica que somente haverá conjunção carnal ilícita se a mulher estiver fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante, bem como por enfermidades venéreas (NORONHA, 1983. p. 110). Logo, a boa-fé do marido, como apresentada anteriormente, é inicialmente presumida, tendo a mulher que provar a sua através de *poderosas razões morais*.

A moralidade foi e continuava a desempenhar grande papel no direito penal Brasileiro. Não é por coincidência que o título em que os crimes contra a liberdade sexual estavam inseridos era nominado como *crimes contra os costumes*.

Cabe ainda mencionar, como fez o legislador criminal de 1890, que o de 1940 também acrescentou seção especial às disposições gerais para os crimes contra os costumes:

Formas qualificadas

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos.

Presunção de violência

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

a) não é maior de quatorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

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 n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

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;

III - se o agente é casado. (BRASIL, 1940)

Não houve alterações significativas em relação ao revogado, continuando a ação penal a ser de caráter privado, mediante queixa. Decorridos quase sete décadas, e com muita luta dos movimentos sociais pela causa feminina, várias mudanças ocorreram no tocante aos crimes sexuais, dos quais se reproduzirá as concernentes ao crime de estupro. Antes disso, como se observou anteriormente, o segundo governo militar tentou, em 1969, criar um novo Código Penal (Decreto-Lei n. 1.004), e neste diploma o crime de estupro não recebeu qualquer mudança no seu conteúdo, apenas nova posição topográfica, passando para o art. 239.

Primeiramente, cabe lembrar as disposições do crime de estupro em outros diplomas legais. Bitencourt escreve que: “O art. 1ª da Lei n. 8.072/90 passou a considerar como crime hediondo, entre outros, o crime de estupro, tanto na sua forma simples (art. 213, caput) quando nas qualificadas (art. 213, caput, parágrafo único).” (BITENCOURT, 2012. p. 57). A lei referida trata-se dos crimes hediondos, considerados os mais graves perante o legislador, não por coincidência, estes crimes são desmerecedores de liberdade provisória.

Com a pressão dos movimentos feministas, na primeira década do século XXI foram realizadas algumas reformas no Código Penal de 1940, com o objetivo de torná-lo menos excludente e discriminatório. A primeira delas ocorreu com a Lei n. 11.106/2006, que revogou expressamente o casamento como critério de extinção da punibilidade (revogados os incisos VII e VIII do art. 109 do Código Penal).

No entanto, com o advento da Lei n. 12.015 de 2009, ocorreram mudanças significativas no texto do Código Penal, a começar pelo título que passou a tutela a dignidade sexual. Mas isso foi só o começo, porque o crime de estupro mudaria sua estrutura como se observa do atual artigo 213:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2014).

Antes de 2009, tinha-se no Código Penal dois tipos penais: estupro e atentado violento ao pudor (art. 214, CP), que possuía o seguinte verbete: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. (BRASIL, 2009) Como se observa do novo tipo de estupro acima, este constituiu da junção entre os dois delitos, possuindo, portanto, quem constranger alguém a consentir com atos libidinosos, hoje, pratica o crime de Estupro.

Sobre a mudança legislativa de estupro, Bitencourt obtempera que:

[...] as mudanças contempladas pela Lei n. 12.015/09, reunindo antigos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), para unificá-los em um conceito mais abrangente de estupro, não têm o condão de alterar o significado do vocábulo conjunção carnal, que continua sendo a cópula vagínica, diversa de outros atos de libidinagem. Na realidade, a partir desse diploma legal, passamos a ter duas espécies distintas de estupro, quais sejam: a) constranger à conjunção carnal; b) constranger à prática de outro ato libidinoso. Essa reunião, contudo, de conceitos distintos – conjunção carnal ou atos libidinosos diversos – não tem força suficiente para fundi-los em uma entidade unitária superior, com significado único. (BITENCOUR, 2014, p. 49).

Portanto, em que pese a união dos crimes de fato, visto que estão no atual 213 do CP os elementos de ambas as condutas típicas, isso não fez com que o crime se tornasse único. Tem-se, portanto, duas espécies diversas de estupro. Além disso, observa-se que a pena do novo delito fora aumentada, passando o máximo de 8 para 10 anos, na sua forma simples (*caput*)

Em termos finais a este segundo capítulo, procurou-se, mesmo que de forma breve, esboçar a perspectiva histórica no que tange a política e economia, bem como legislativa desde o período imperial até a década de 1940, momento em que entrou em vigência o Código Penal de 1940. Além disso, explorou-se o crime de estupro numa visão histórica e atual.

Através da bibliografia apresentada, percebe-se a herança elitista, autoritária e machista expressamente presente na legislação punitiva brasileira. O

elitismo foi observado nas duas primeiras partes deste capítulo, tanto no que tange à formação política do Brasil (patrimonialismo, clientelismo) e na construção do aparato normativo positivado, exemplificado na criminalização dos "capoeiras" no Código Penal de 1890. O autoritarismo está no fato de que o Código Penal de 1940 foi pensado e positivado em meio a um período histórico mundial de muita repressão e intolerância nos regimes Fascista italiano e Nazista alemão. O Brasil também vivia aquela década sobre o regime autoritário do Estado Novo do Presidente Getúlio Vargas. Ou seja, o Código Penal de 1940, atualmente em vigor, representa este período em que as mulheres tinham que defender sua moral e honra para poder receber tutela penal, representando não só o autoritarismo, mas também o machismo.

Assim sendo, como ensina Wolkmer (WOLKMER, 2003, p. 14), o estudo do passado se faz importante para que a sociedade do presente possa enxergar os avanços obtidos contra a discriminação, no caso contra as mulheres, fruto da mentalidade e cultura da época, e aprender com eles.

4. DAS ESTATÍSTICAS SOBRE ESTUPRO NA JURISPRUDÊNCIA DE SANTA CATARINA

Depois de uma breve contextualização histórica sobre como a mulher foi acolhida pelo Sistema de Justiça criminal no passado, este capítulo tem a missão de observar como aquele aparato criminal vem tratando a mulher no tempo presente.

Logo, o presente capítulo adentrará no tempo presente através de pesquisa quantitativa e qualitativa de dados levantados na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que versavam sobre o julgamento do crime de estupro, com a nova redação do art. 213 do Código Penal dada pela Lei n. 12.015/2009.

4.1 CRITÉRIOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa, até o momento, analisou aspectos históricos acerca do desdobramento legislativo e doutrinário. Todavia, o ponto mais importante do trabalho será observar, através de levantamento de dados jurisprudenciais, como a justiça catarinense vem lidando com o crime de estupro.

Para alcançar tal pretensão, elaborou-se critérios específicos para não fugir dos objetivos centrais e específicos da pesquisa, que giram em torno da análise do crime de estupro, em perspectiva histórica, com fundamento na criminologia feminista.

Primeiramente, no que tange à metodologia, a pesquisa é estritamente jurisprudencial, e como se pretendeu analisar o Estado de Santa Catarina, focou-se na busca de julgados no sítio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>).

Na pesquisa, optou-se, no que tange ao critério cronológico, pelo termo inicial em 10 de agosto de 2009, pois nesta data ocorreu a publicação no Diário Oficial da União da última mudança legislativa por que passou o tipo penal de Estupro (atualmente, art. 213, CP). Por outro lado, o termo final foi fixado no início do mês de setembro de 2014, período de encerramento da presente pesquisa. Optou-se por este período, entre outros motivos, para compreender como a jurisprudência

apresenta o tipo de estupro com a integração das duas espécies que antes eram separadas, quais sejam: conjunção carnal e atentado violento ao pudor.

Cabe ainda mencionar que esta pesquisa também teve como critério vítimas capazes para a vida civil, excluindo-se as crianças e adolescentes, bem como as incapazes. Em que pese estas também estejam incluídas na categoria gênero, tal exclusão se faz importante para que não ocorra a inclusão de novos crimes, como estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), bem como a inclusão de novos marcos teóricos como princípios elencados com a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), que não está contemplada nos objetivos gerais e específicos deste trabalho, que visa estudar o crime de estupro em uma perspectiva história e á luz da Criminologia feminista.

Ademais, dentre o acervo jurisprudencial constante no sítio do Egrégio Tribunal de Justiça catarinense, selecionou-se apenas os recursos de Apelação, visto que nestes os desembargadores apreciam com profundidade as minúcias constantes na Ação Penal de Estupro, no que tange principalmente às provas (laudos periciais, testemunhas, fotos, depoimento da vítima e interrogatório), e nos quais é possível se perceber as medidas e a valoração das provas colimadas nos processos do crime em exame. Por este motivo, outros recursos como Habeas Corpus, Revisão Criminal e Recurso em Sentido Estrito não fizeram parte das estatísticas que a seguir serão apresentadas, porque estes não incluem a análise do mérito do crime de estupro. Todavia, serão apresentados alguns destes para elucidação de questões que não foram levantadas nos Recursos de Apelação Criminal, ou por apresentaram novidades ou curiosidades ao tema explorado.

4.2 DADOS QUANTITATIVOS DO CRIME DE ESTUPRO NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE À LUZ DE UMA ANÁLISE QUALITATIVA

Como exposto anteriormente, foram coletados acórdãos sobre o crime de estupro, através de apelações criminais, julgados entre o dia 10 de agosto de 2009 (publicação da Lei n. 12.015/09) até 09 de setembro de 2014, tendo como delimitação territorial todo o Estado de Santa Catarina.

Foram encontradas 113 apelações criminais, oriundos de 54 Comarcas espalhadas pelo Estado Catarinense, as quais serão apresentadas em tabelas.

Importante registrar que os números totais muitas vezes não terão o mesmo valor (113), pois em cada acórdão, muitas vezes em uma única decisão colegiada, os julgadores depararam-se com concursos de crimes e agentes, bem como múltiplas circunstâncias peculiares a cada caso examinado pela Egrégia Corte.

Nesta primeira tabela, apresenta-se gráfico com uma visão geral sobre o resultado final dos julgamentos das câmaras criminais, conforme tabela abaixo:

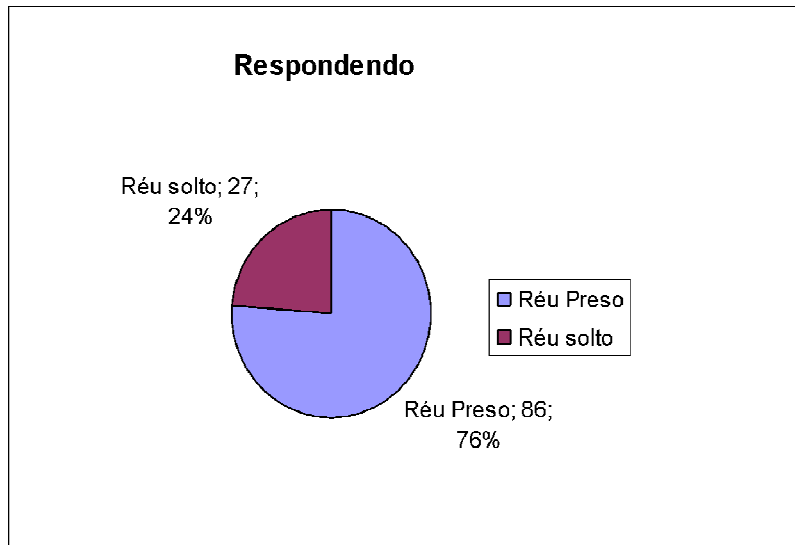
Gráfico 1: Condenados, absolvidos e desclassificados, perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina



(Fonte: sítio do TJSC)

A partir do gráfico acima é possível perceber como o Tribunal catarinense é rigoroso para com a prática do crime de Estupro. É claro que o fato do crime ser considerado hediondo (art. 1, inciso V, da Lei n. 8.072/90) também é incisivo para o número elevado de condenações. Estes recursos em sua maioria foram interpostos pela defesa, mas também há registros de recursos pelo Ministério Público, inclusive para majoração da pena, com o reconhecimento de causas de aumento de pena (agravantes e majorantes) estabelecidas no Código Penal. A hediondez do crime é perceptível também através do próximo gráfico:

Gráfico 2: Réus presos e soltos no momento do julgamento do Recurso



(Fonte: Sítio do TJSC)

Portanto, na maciça maioria dos recursos os apelantes se encontravam presos, muito em virtude do fato de o crime de estupro ser considerado hediondo e também por entenderem os magistrados, no caso concreto, estarem configuradas as condições para a prisão provisória, entabulada no art. 312 do Código de Processo Penal.

Neste gráfico, constata-se a forte cultura punitivista dos magistrados catarinenses que, via de regra, entendem pela necessidade do encarceramento do agressor antes do trânsito em julgado do processo criminal. Ou seja, o que deveria ser uma exceção em virtude do princípio da presunção de inocência, nos casos de estupro, é regra como os dados comprovam. Sobre a cultura punitivista na América Latina, Salo de Carvalho escreve que:

Em termos punitivos, portanto, nos países da América Latina os discursos penalógicos neorretribucionistas, de neutralização e de incapacitação ingressam com força máxima, legitimando científica e politicamente a atuação genocida das agências de controle. Se na experiência punitiva latino-americana a pena nunca abandonou a função explícita de controle violento dos indivíduos e dos grupos perigosos e inconvenientes, mesmo sob a égide formal das reformas em direção ao correccionalismo, com o abandono das políticas *penal-welfare* e a resignificação da prisão como mecanismo exclusivo de neutralização, a violência da aplicação do poder punitivo será densificada (CARVALHO, 2010, p. 31).

Conclui o autor que a ascensão do punitivismo na América Latina está diretamente ligada ao fim do Estado de Bem Estar Social, voltando a prisão a ter

significado de controle social dos indivíduos perigosos e inconvenientes. No Brasil, o punitivismo foi intensificado principalmente pelas alterações legislativas ocorridas na década de 1990, como por exemplo, a citada Lei n. 8.072/90, dos Crimes Hediondos (CARVALHO, 2010, p. 34), na qual o delito de estupro se encontra. Ademais, ao apresentar dados institucionais do Departamento Penitenciário Nacional entre os anos 1994 e 2009, afirmou que a massa carcerária de presos provisórios variou nos últimos 5 anos, daquele período, em torno de 30% (CARVALHO, 2010, p. 39).

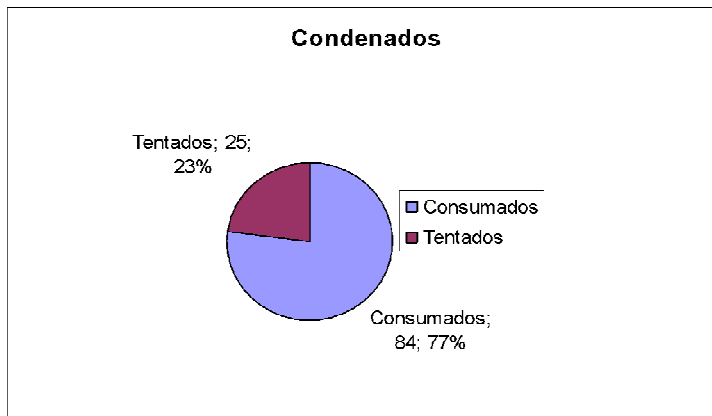
Salo de Carvalho (2010) ainda explica que o fenômeno do punitivismo, em sua ótica, apresenta três filtros: primeiro que ocorre na fase policial, de investigação perante a Polícia Civil que recebe as informações do delito e pratica as primeiras investigações; o segundo filtro ocorre quando o inquérito policial chega ao conhecimento do Ministério Público, que pode requerer ao magistrado o arquivamento ou a baixa dos autos a Delegacia de Policial para esclarecimentos; e o terceiro filtro é o oferecimento da denúncia, cabendo ao magistrado observar as condições da ação e se estão presentes a tipicidade e indícios de autoria e materialidade.

Depois de analisados os fatos criminosos pelos filtros referidos, Salo (2010, p. 97-98) infere que “O diagnóstico sustenta a hipótese da investigação de que a formação cultural inquisitória dos atores da persecução criminal representa um dos principais obstáculos à reforma e à democratização do sistema punitivo nacional”, ou seja, a implementação de medidas alternativas ao encarceramento não são atraentes aos magistrados porque a cultura jurídica penal ainda continua privilegiando o encarceramento. Tal constatação é facilmente perceptível em uma rápida pesquisa nos informes de notícia dos tribunais, quando o assunto é Tribunal do Júri. Na maioria das notícias sobre decisões judiciais criminais, há referência à condenação e à quantia de pena de prisão cominada ao réu⁸. Porém, é ponderável o argumento de Mendes quando argumenta que a abolição do Direito Penal resultaria em consequências muito severas para a mulher, pois ela já convive com poderes extrajurídicos (2012, p. 214).

No próximo gráfico ocorre um comparativo entre consumados e tentados:

⁸ Ao se fazer uma consulta rápida no acervo de notícias do sítio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo como parâmetros abuso sexuais ocorridos no último ano, tem-se que a maioria informa a condenação e a pena cominada. O sítio para busca é: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/pesquisa>.

Gráfico 3: Condenações: na Modalidade Tentado ou Consumado.

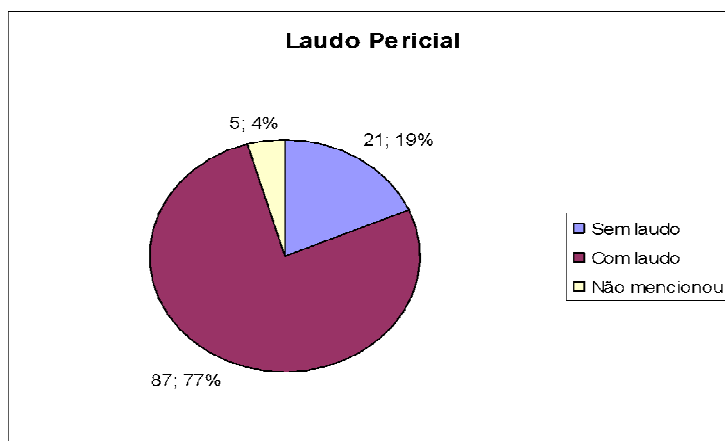


(Fonte: Sítio do Tribunal de Justiça)

As formas consumadas preponderam, principalmente, porque a Lei n. 12.015/09 unificou em um único tipo de estupro a conjunção carnal e atos libidinosos diversos da conjunção, estes, muitas vezes consumados sem o auxílio de exames ou laudos periciais, como se abordará mais adiante.

A próxima tabela apresenta elemento que chama atenção no que se refere às provas analisadas pelo Juiz de primeira instância e que foram mencionadas pelos desembargadores no momento de apreciação dos recursos:

Gráfico 4: Existência de Laudo Pericial:



(Fonte: Sítio do TJSC)

Nesta primeira tabela, no que tange à questão da prova, tem-se que em 21 acórdãos (19%) não houve a confecção de laudo pericial durante a fase administrativa para aferição de eventuais vestígios de violência ou se materialidade.

Esta carência de exame pericial foi um dos argumentos de defesa de muitos réus, porém rejeitado pelos desembargadores. Num dos acórdãos, o de n.

2011.098211-5, oriundo de Trombudo Central, a relatora desacolheu o argumento retro alegando que:

Destaca-se, também, que em casos como este é prescindível a realização de exame pericial, tendo em vista que os crimes contra a liberdade sexual, praticados na clandestinidade, muitas vezes não deixam vestígios suscetíveis de constatação por meio de exame pericial, especialmente quando o ato é cometido sob grave ameaça (violência moral) (SANTA CATARINA1, 2012, p. 4).

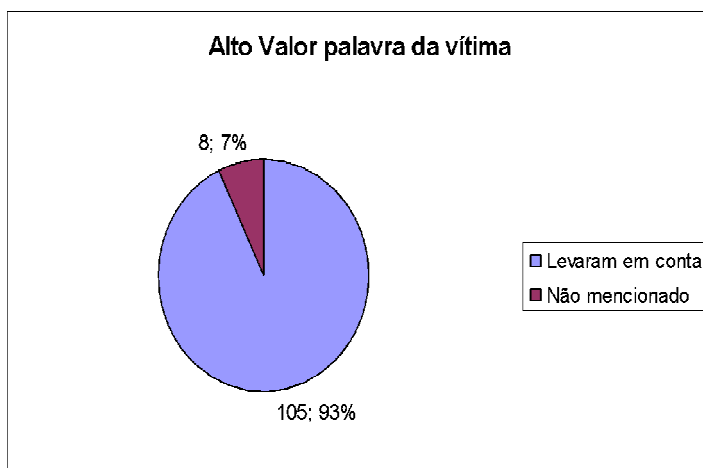
Como explicou a Desembargadora Marli Mosimann Vargas, os crimes de liberdade sexual, como o estupro, são cometidos às escondidas e sem deixarem vestígios, diante de grave ameaça. Além disso, anotou o desembargador Alexandre d'Ivanenko no corpo do acórdão de n. 2013.052011-7, *in verbis*:

Inicialmente, não há se falar em ausência de comprovação da materialidade pela inexistência de laudo pericial que venha a atestar o delito, haja vista que o crime em tela diz respeito à mera tentativa de conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, situação esta que, de um modo geral, nem sempre deixa vestígios, uma vez que os resquícios da infração podem desaparecer em pouco tempo ou sequer existir (SANTA CATARINA2, 2013, p. 05).

Portanto, como se observa, para o tribunal catarinense é prescindível a existência de exame pericial para comprovação da materialidade, em virtude das peculiaridades que permeiam o tipo: às escondidas, sem deixar vestígios ou realizados exames algum tempo depois do crime, desaparecendo os vestígios no corpo da vítima.

Sobre a palavra da vítima no processo, segue próximo gráfico:

Gráfico 5: Valor probatório da palavra da vítima



(Fonte: Sítio do TJSC)

Como se constata, em 93% dos acórdãos analisados, os julgadores mencionaram a relevância da palavra da vítima tanto na fase policial como na judicial, se coerentes e em harmonia com outras provas, como a testemunhal.

Portanto, o sodalício catarinense entende que nos crimes de liberdade sexual, como o estupro, o depoimento da vítima é um dos principais meios de prova diante das características antes mencionadas. Tanto que a coerência dos depoimentos dados na fase policial e judicial é muito importante, e se não se mostrarem consonantes com as demais provas (testemunhal e outros), culmina em absolvição do réu pela dúvida que o beneficia, conhecido princípio do *in dubio pro reo*

Principalmente nos crimes tentados, nos quais não há laudos, ou se estes foram inconclusivos, a palavra da vítima é fundamental, como se observa no caso julgado na apelação criminal n. 2013.064637-0, em que:

Como se vê, os relatos da vítima são claros e coerentes, não deixando margem de dúvida acerca da tentativa de violência sexual sofrida, bem como quanto à firmeza com que reconheceu o recorrente como autor do delito. É cediço que em crimes sexuais a palavra da vítima é conferida especial relevância, porque normalmente delitos deste jaez são cometidos às ocultas, como na hipótese em tela, onde a vítima foi arrastada para um matagal. Para isso, a palavra da vítima deve ser firme, coerente, uníssona, conforme se revelou no caso concreto. (SANTA CATARINA3, 2013, p. 07)

O caso acima é exemplo da tabela anterior, e a respeito desta observação importante dos julgadores, pode-se dizer que houve avanço positivo no que tange à valoração da palavra da vítima, pois conforme constatado, priorizando a versão da vítima, o Tribunal mostrou-se sensível a estes crimes, não permitindo a supervalorização da palavra do agressor em face da palavra da vítima. Em mais um julgado do Tribunal catarinense, o recurso de n. 2010.058909-5, originado na Comarca de Campos Novos, o Relator Desembargador Irineu João da Silva afirmou o seguinte:

Insta consignar, nesse ponto, que a palavra da vítima assume especial relevo em sede de crimes contra a dignidade sexual, estando apta a embasar o decreto adverso, sobretudo porque são condutas, em geral, perpetradas ao desabrigo de testemunhas, constituindo, não raras vezes, único relato dos fatos (SANTA CATARINA4, 2010, p. 03/04).

Como bem constatou o julgador, muitas vezes, diante das circunstâncias do delito, a palavra da vítima é a única prova do delito, devendo, nesta situação, ser

averiguada em seus detalhes e confrontada com outras provas que porventura apareçam durante a instrução.

Além de observar com reflexão e ponderação as palavras da vítima durante a instrução processual, outro ponto positivo a ser ressaltado na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina é o fato de não ser levando em consideração nos julgamentos à conduta moral da vítima. Mais especificamente, se foram prostitutas, em que pese alguns advogados de defesa ainda usarem tal argumento para desprestigiar a vítima, almejando minorar ou absolver o réu, os desembargadores não acolhem, nem reproduzem esta perspectiva.

Na década passada, em 2002, a THEMIS⁹, ao analisar processos de estupro em Porto Alegre (onde está situada sua sede), publicados nos Cadernos Themis gênero e direito, constatou que:

Qualquer elemento sobre a conduta das vítimas que é trazido aos autos serve para que sejam julgadas em relação ao seu comportamento, não interessando mais a conduta do réu. Esse comportamento agressivo poderá ser minimizado, com base no comportamento da vítima – o que fundamentará uma provável absolvição. Os argumentos serão todos baseados no comportamento da vítima, que deverá encontrar-se dentro dos padrões *morais estabelecidos socialmente*. (THEMIS, 2003, p. 189).

Ou seja, não faz muito tempo que o Sistema de Justiça Criminal, pelo menos no Estado Gaúcho, ao apreciar demandas criminais envolvendo delitos de estupro, atribuía com peso expressivo a conduta moral da vítima, julgando também se sua conduta era “adequada” e desprestigiando a vítima e desconsiderando a conduta criminal do agressor. Para Vera Regina de Andrade (2003, p. 98), ocorria a seletividade do bem jurídico moral sexual, em que só a moral das “mulheres honestas”, maiores ou menores de idade, eram protegidas. Para a criminóloga feminista eram julgadas “pessoas” (réu e vítimas) e não o fato criminoso, tendo como baliza os estereótipos que recaíam sobre a vítima e réu (ANDRADE, 2003, p. 95).

Passada mais de uma década, é possível observar na jurisprudência catarinense, advogados de estupradores defendendo perante a corte catarinense que prostitutas - para estes “mulheres não honestas” – não merecem a tutela do

⁹ Organização Não Governamental de Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. Mais informações no sítio: <http://www.themis.org.br/site/>

Estado através do direito penal, como no caso julgado no recurso n. 2011.098211-5, *verbis* do corpo do acórdão que merece registro:

Nesse aspecto, fundamental destacar a irrelevância da alegação feita pelo apelante de que a vítima era "garota de programa", pois o bem jurídico tutelado pelo art. 213 do Código Penal é a liberdade sexual da mulher e não a sua conduta moral ou virgindade (SANTA CATARINA5 2011, p. 06).

No caso acima, observa-se que ocorreu o contrário do que há uma década ocorria, e aplicou a lei de forma técnica e ponderada, não levando em consideração o fato de a vítima ganhar sua vida como prostituta. Noutro caso, agora esboçado no recurso de n. 2013.013897-6, tentou a defesa inserir o julgamento da vítima como explicou a mesma julgadora do caso anterior:

Nesse aspecto, fundamental destacar a irrelevância da alegação feita pelo apelante de que a vítima era proprietária de uma lanchonete, na qual "reconhecidamente pela vizinhança acontecem algumas festas com as portas fechadas", "onde na gíria popular rola de tudo" (fl. 213), pois o bem jurídico tutelado pelo art. 213 do Código Penal é a liberdade sexual da mulher e não a sua conduta moral ou virgindade. (SANTA CATARINA6, 2013. p. 9)

Neste caso, a moralidade não fora pelo fato de ser prostituta, mas de ser proprietária de estabelecimento com má fama perante a comunidade. Todavia, como bem ponderou a relatora para fulminar a falácia defensiva, não está em jogo a moral da vítima, mas sim a sua liberdade sexual que é protegida pelo direito penal e que fora violada.

Embora atitudes como as acima transcritas, em que se rejeita a moralidade para sim prestigiar o infringimento da liberdade sexual, como quis o legislador penal em 2009, a doutrina continua separando mulher "honesta" da mulher "prostituta", mesmo que veladamente, e sem transferir tal separação ao direito penal, que é técnico, ou pelo menos deveria ser. Como exemplo, tem-se a opinião do jurista Cezar Roberto Bitencourt nos seguintes trechos de sua importante obra:

A conjunção carnal praticada mediante violência ou grave ameaça tipifica o crime capitulado no art. 213 do Código Penal, primeira parte, sendo irrelevante a virgindade da vítima, ou até mesmo tratar-se de mulher casada, solteira ou viúva, ou **até mesmo prostituta**. (BITENCOURT, 2014, p. 45) (grifo nosso)

Como Bitencourt, Damásio de Jesus prescreve "não importando se se trata de virgem ou não, prostituta(o) ou honesta(o), pessoa casada, solteira,

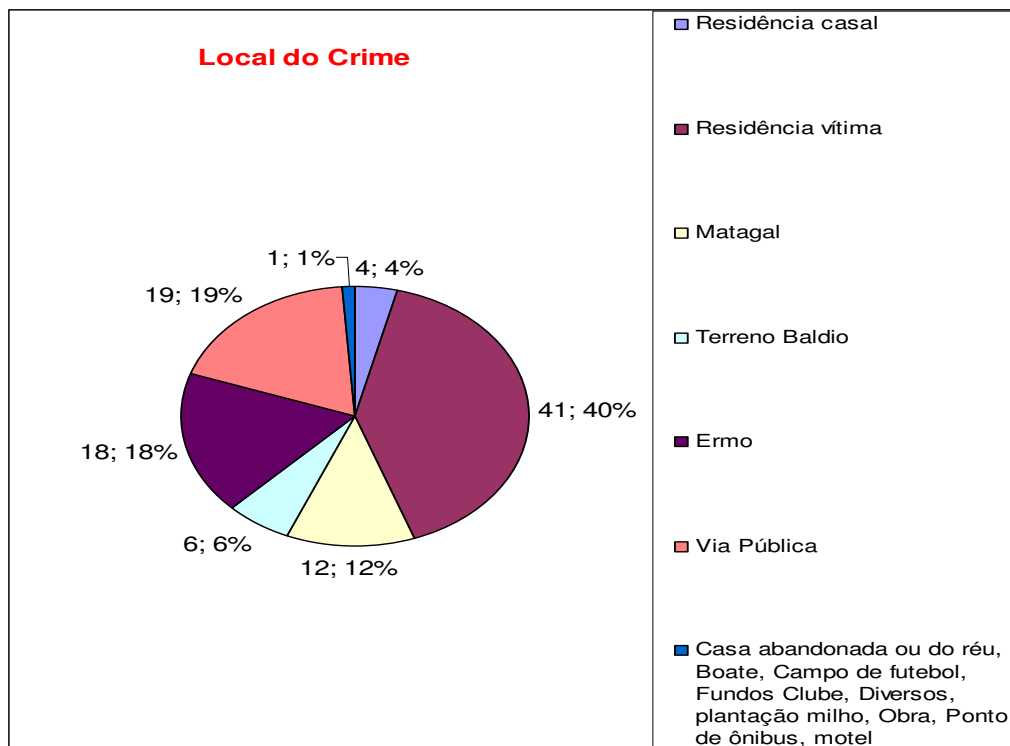
separada de fato, viúva ou divorciada, velha ou jovem, liberada ou recatada”. (JESUS, 2014, p. 787). Respeita-se a opinião dos respeitáveis hermenutas criminais, mas ser prostituta não é sinônimo de desonestidade. O que se percebe que a literatura criminal não mudou do tempo de Hungria e Lacerda, final da década de 1950, para os dias atuais, pois os discurso do passado com o do presente guardam semelhanças, como se observa no trecho da obra de Hungria e Lacerda, que se cita:

Nem mesmo a autêntica prostituta, isto é, a mulher que acede *au premier passant*, despejada mercadora do amor [...], francamente entregue ao *exercitium vulvivagae veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. Diziam os romanos que *meretrices nulli, sese copiam denegare possunt*, mas, hoje, não é assim: a desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é mulher da multidão, mas não se pode deixar de aplicá-la (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 125).

Portanto, salvo a linguagem mais rebuscada dos autores citados, o discurso de desprestígio das mulheres desonestas se perpetua no presente.

Voltando-se a exposição das estatísticas dos levantamentos de dados junto a jurisprudência de TJSC, a próxima tabela revela o local onde ocorreram os estupros no Estado de Santa Catarina durante o período estudado:

Gráfico 6: Locais dos crimes

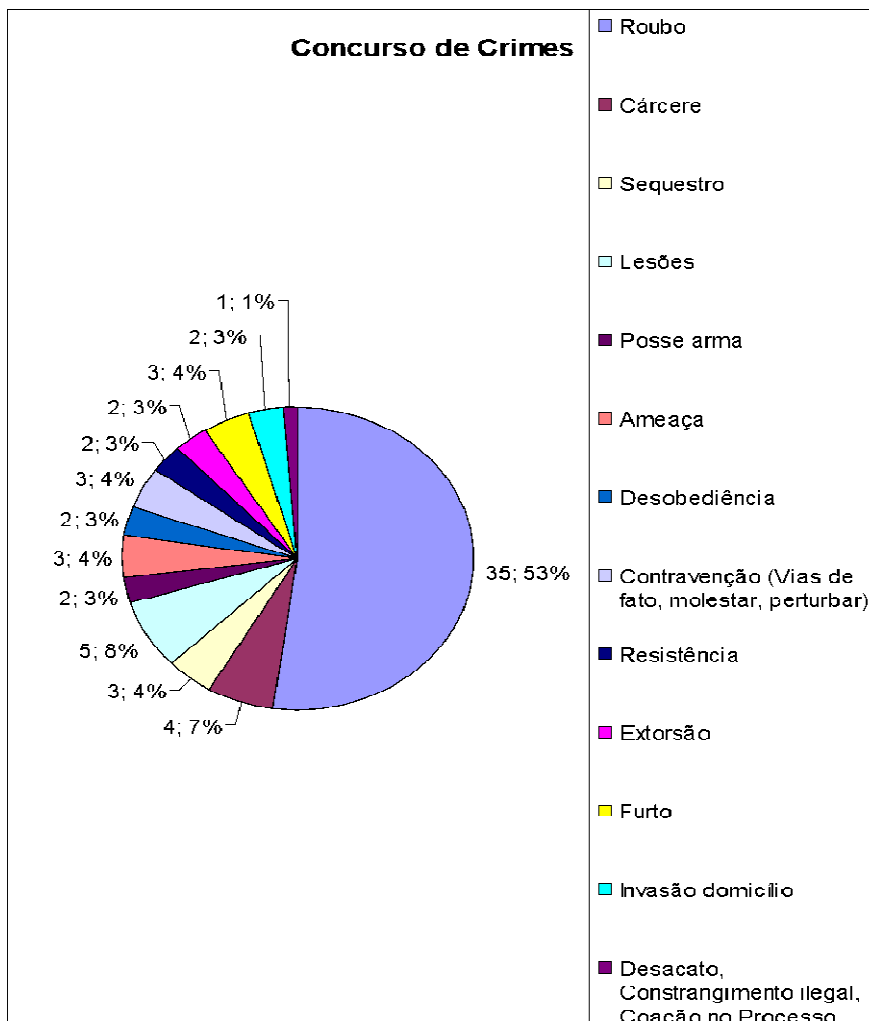


(Fonte: Sítio do TJSC)

Como revela o gráfico acima, a maioria dos estupros ocorreu na residência da vítima, seguido pelos ocorridos em via pública, matagal e terrenos baldios. Percebe-se que em muitos casos, os agressores queriam realmente satisfazer seus desejos sexuais, não se importando para confortos, mas às escondidas, como observados em matagais e terrenos baldios. Noutro vértice, mesmo que cometidos em vias públicas ou locais ermos, eram cometidos durante a madrugada, dificultando estratégias de fuga e pedidos de socorro pelas vítimas.

Contudo, os grandes números de estupros cometidos na residência da vítima podem ser explicados com o auxílio dos dois próximos gráficos, estes referentes ao concurso de crimes com estupro e também a relação entre o réu e vítima. No primeiro, tem-se o gráfico de concurso de crimes:

Gráfico 7: Crimes em Concurso com o Estupro



(Fonte: Sítio do TJSC)

Cumulado com o estupro, outros crimes foram praticados. Não há uma ordem definida, pois poderiam ter sido praticados antes, depois, ou instantaneamente com o estupro quando houve mais de um criminoso em concurso ou participação. Mas, o fato de a maioria dos casos de concurso ser de roubo ajuda a explicar porque, no gráfico anterior, os estupros ocorreram na residência da vítima, e a explicação é que a intenção inicial dos agentes era praticar crime patrimonial e, aproveitando-se da circunstância, praticavam também o estupro. Ou vice-versa, entravam na casa da vítima para estuprar e aproveitavam a ocasião para subtrair coisas alheias e móveis, seja sem violência (art. 155, CP) ou, como na maioria das vezes, com violência (art. 157, CP), conforme os 53% dos acasos apresentados na tabela acima. Outros crimes também estão relacionados aos patrimoniais, como extorsão (art. 158, CP), sequestro e cárcere privado (ambos no art. 148, CP).

As contravenções penais geralmente estão presentes nas teses de defesa dos réus, com o objetivo de assim reduzir a pena para um melhor regime de cumprimento de pena. Exemplo ocorreu na Apelação n. 2013.051032-9, cuja parte importante do acórdão se extrai:

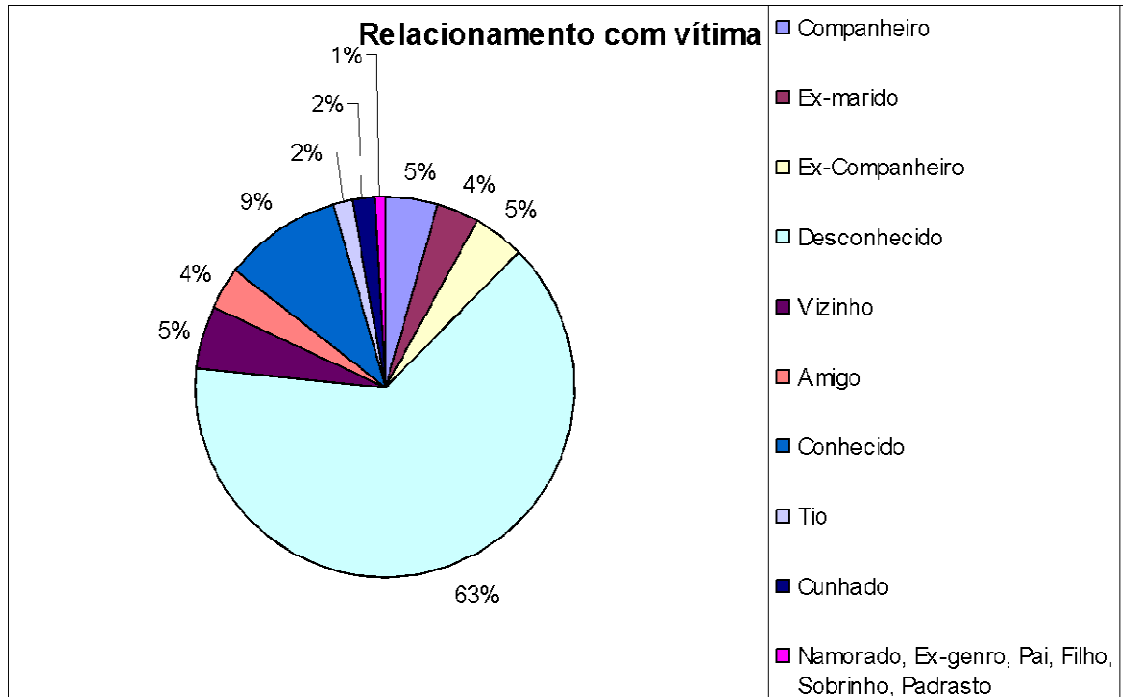
Como se vê, a vítima A. consignou que o acusado tão somente tocou em suas pernas, ao passo que sua mãe nada visualizou, não sendo possível, salvo melhor juízo, concluir pela consumação do crime de estupro praticado contra a vítima [...]. Em outras palavras, segundos os relatos supra, tem-se que o apelante não agiu de modo a superar o limite de uma mera perturbação à ofendida, uma vez que o ato contra si perpetrado, qual seja, o de tocar as pernas de A., conquanto reprovável, não serve para demonstrar a lascívia necessária à caracterização do crime de estupro (SANTA CATARINA7, 2013, p. 11).

No caso em tela, o toque nas pernas não foi considerado como um ato de desejo sexual e, por isso, inclinou-se pela desclassificação de estupro para perturbação a tranquilidade, constante do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, como suplicou o apelante/agressor em seu recurso.

Cabe ainda mencionar que muitos crimes acabaram absorvidos por outros mais graves, como por exemplo, o crime de ameaça (art. 147, CP) que foi absorvido pelo cárcere privado (art. 148, CP) (apelação n. 2011.016916-4, Indaial) e ameaça (art. 147, CP) que foi absorvido pelo de estupro no julgamento da apelação n. 2013.019120-8, de Itajaí.

Na segunda tabela que foi mencionada anteriormente, tem-se a segunda tese de porque o local da maioria dos estupros foi na casa da vítima. Próximo gráfico, a relação do agressor com a vítima:

Gráfico 8: Relação entre agressor e vítima:

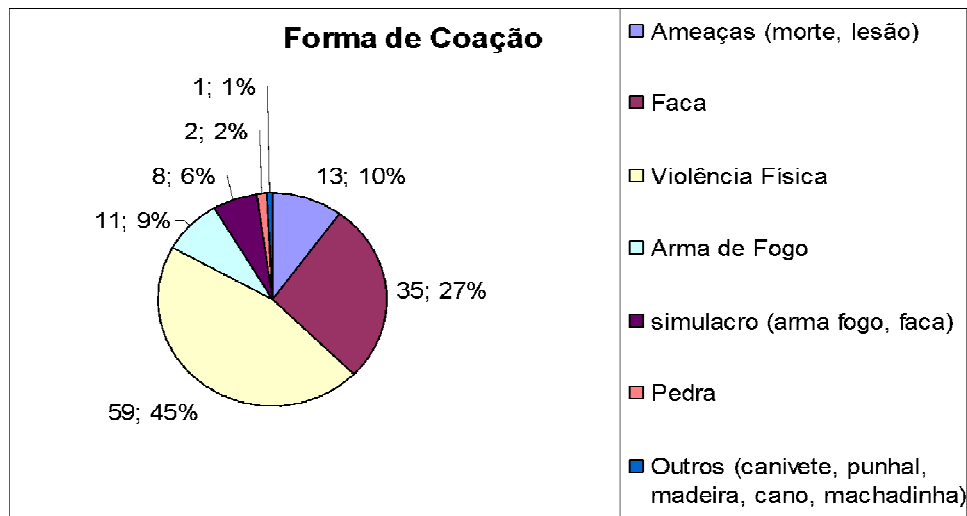


(Fonte: Sítio do TJSC)

Logo de início, observa-se que mais da metade dos estupros foram cometidos por pessoas desconhecidas do convívio da vítima, com grande porcentagem dos que também objetivavam praticar crimes patrimoniais como furtos e roubos. Estes dados não se enquadram totalmente com o estudo realizado pela Criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade, porque esta acreditava que, frequentemente, o réu era conhecido da vítima (ANDRADE, 2003, p. 95). É possível que a dinâmica destes crimes tenha sofrido alguma alteração na última década, mostrando ainda que as vítimas tomaram coragem para denunciar quando os agressores não são conhecidos, ou seja, sem qualquer relacionamento sentimental ou afetivo.

De outra banda, ou seja, juntando-se aos outros, têm-se que 47% dos agressores, pelo menos, conheciam a vítima - ou por serem parentes ou por serem amigos ou “conhecidos” – e que sabiam da rotina da ofendida. Este elemento também possui relação com o próximo gráfico, que diz respeito ao meio de coação usado pelo estuproador para perpetuar sua empreitada criminosa:

Gráfico 9: Meios de coação da vítima:



(Fonte: Sítio do TJSC)

A proximidade do agressor com a vítima ajuda a entender porque 45% dos estupros foram empreendidos com uso de força física. Além disso, 27% utilizaram de faca (de serra, de cortar carne, facão), sem sombra de dúvidas pelo fato de ser uma arma de grande acessibilidade (todos usam) e por atingir o mesmo poder intimidatório de uma arma de fogo. As ameaças de morte ou contra a integridade física são o terceiro meio de coação e é importante observar que ela pode ser realizada concomitante com o uso da força física e armas como faca e a de fogo. Arma de fogo ficou em quarto lugar e, nos casos analisados, foi na sua maioria utilizada para perpetrar crimes patrimoniais em concurso.

Sobre a ameaça, ou violência moral, Hungria e Lacerda definiram como sendo

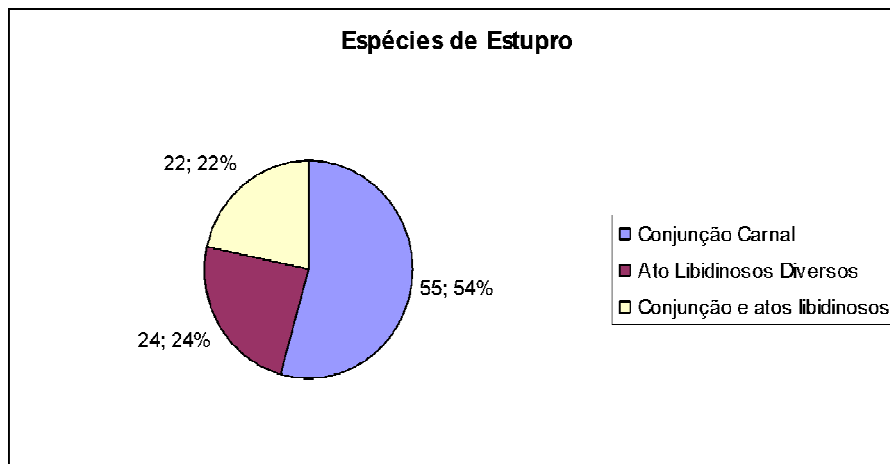
[...] a manifestação (por palavras, atos ou sinais) do propósito de causar a alguém um mal. Dá-se, com ela, a subjugação da vontade alheia pelo *medo*. [...] Mesmo quando há emprego de violência material, é quase sempre o medo que decide: medo de *continuar a sofrer* essa violência, medo ante a ameaça contida na brutal atitude do agente (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 121).

Mesmo passados mais de 60 anos, a ameaça de causar mal maior continua, como mostrou o gráfico anterior, sendo uma das principais formas de coação da vítima. Os autores ainda ensinam que a ameaça poderia se dar de forma direta (a própria vítima) como indireta (terceiros), concluindo que a “ameaça de grave mal contra um filho da vítima pode ser mais eficiente à conturbação do seu

espírito do que idêntica ameaça dirigida contra ela própria” (HUNGRIA, LACERDA, 1959, p. 122).

O próximo gráfico representa, de forma velada, o desejo dos autores de impor a superioridade masculina em face da feminina, podendo-se observar as espécies de estupro que foram praticados nas vítimas:

Gráfico 10: Espécies de estupro



(Fonte: sítio do TJSC)

Os agressores, na maioria absoluta dos casos, cometeram a conjunção carnal de forma forçada contra a vítima, violando sua liberdade sexual. Ou seja, os agressores queriam atingir aquele órgão genital exclusivo das mulheres. Não se quer afirmar que outros estupros não sejam violação à integridade física da mulher, mas sim afirmar que os agressores queriam demonstrar o poder mantendo relação sexual com conjunção carnal na vagina. Não só pelo fato de o coito vaginal expressar o poder do macho sobre a fêmea, mas outros *modus operandi* de estupro externam a emergência do masculino em subjugar o feminino, de humilhar a mulher. Nesta pesquisa, percebe-se ao menos três *modus operandi* que evidenciam a humilhação e ostentação de poder frente o existência feminina.

O primeiro *modus operandi* que evidencia o poder masculino em extrema violência, em face do feminino, seria a introdução de objetos e membros no interior da cavidade vaginal. Tal atitude mostra a violência da imposição sobre a mulher. Em alguns casos extraídos da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os agressores, além de praticarem o estupro, introduziram dedos e mãos no interior da vagina das vítimas. Exemplo foi apelação n. 2011.048139-0, oriunda da Comarca de Blumenau, no qual “A vítima narrou que fora ameaçada por meio de

um canivete dirigido contra o seu pescoço e forçada a praticar sexo oral no recorrente, permitir que o mesmo introduzisse o dedo em sua vagina, além de entregar seu dinheiro.” (SANTA CATARINA⁸, 2012, p. 07), ou seja, o estuprador não se satisfaz com a felação e assim pôs o dedo na vagina da vítima. Outro caso, a apelação n. 2013.034257-5, a vítima narrou, na fase policial, seu agressor colocando por várias vezes dedos em sua vagina:

[...] que quando C. Colocou a depoente de frente para ele não praticou o coito, mas **introduziu os dedos em sua vagina** e a chupou; que a introdução dos dedos em sua vagina ocorreu com a declarante de frente e também de costas e que esses atos sexuais tiveram a duração de uns dez minutos e a conjunção carnal com a introdução forçada do pênis em sua vagina foi em torno de umas cinco vezes, durando alguns segundos; que após a prática dos atos sexuais C. foi até o interior do veículo de J.P. e subtraiu na bolsa da declarante seu celular, sua carteira de identidade e o valor de R\$ 758,00 (setecentos e cinquenta e oito reais); que após a subtração, a declarante afirma que o acusado **voltou a praticar** atos libidinosos com ela, **colocando os dedos em sua vagina** [...] (SANTA CATARINA⁹, 2013, p. 06) (grifo nosso)

Observa-se que o agressor não se contentou em introduzir dedos na vagina da vítima uma vez, além da subtrair pertences desta. Em outro estupro, na apelação n. 2012.074835-8, em que dois indivíduos praticaram estupro, explanou o relator que:

[...] com a ofendida no quarto, os apenados se revezaram na satisfação de suas lascívia, constringendo-a, também por meio de violência e grave ameaça, a ter conjunção carnal e a permitir que nela praticassem outros atos libidinosos, consistentes em sexo anal, **inserção das mãos na vagina e ânus**, esfregar o pênis no seu rosto e mordê-la. (SANTA CATARINA¹⁰, 2013. p. 03) (grifo nosso)

Enfim, nota-se que introduzir forçosamente mãos e dedos nas vítimas de estupro, não é coisa de pessoas anormais, primeiro porque nenhum dos agressores foi considerado incapaz, e segundo porque esta prática faz parte do *modus operandi* do masculino de ostentar poder e dominar a vítima.

Não só dedos, mas outros objetos como: cabo de vassoura (apelação n. 2013.014699-7), comprimidos e bola de algodão (apelação n. 2012.091228-3). Mas, o caso mais estarrecedor foi o apresentado na apelação n. 2012.046870-4, que foi narrado pela vítima na fase judicial da seguinte forma:

[...] o apelante pegou o arame, um pedaço de ferro e um alicate que trazia consigo, dizendo que era aquele o instrumento que colocaria em sua vagina. Após isso, utilizando-se de um ferro "bem grosso e bem duro" para perfurar sua vagina, colocou o arame prendendo os dois lábios vaginais. Sustentou ainda, que o apelante utilizou-se do alicate para torcer a ponta do arame, impossibilitando sua retirada, causando-lhe muita dor e desconforto. A vítima também relatou que após perfurar sua genitália, o apelante estancou o sangue com um pedaço de gaze que trazia consigo, além de lhe dar vinte reais para que comprasse um antisséptico, e foi embora. Temerosa pelas intimidações sofridas, a vítima revelou ser obrigada a manter, de forma permanente, o arame em sua vagina, e de se encontrar com o apelante sempre que este exigia, quando era constrangida a manter relações sexuais como o mesmo, sendo que para tanto, o instrumento era retirado e recolocado em sua genitália, fato que inclusive ocasionou infecção nas lesões. (SANTA CATARINA11, 2012, p. 06)

Logo, o agressor colocou o arame na vagina e o torceu para que somente ele pudesse retirar e satisfazer sua lascívia, tudo sob ameaças de morte contra a vítima e sua família. Extraí do caso macabro que a vítima ficou por aproximadamente 2 meses com o dito arame em sua genitália, lesão que lhe causou incapacidade para o trabalho por mais de 30 dias.

O segundo elemento que caracteriza a imposição violenta de poder masculino frente o feminino foi observado nos momentos em que, além de praticar o ato sexual à força, o estupro ejaculou, além da vagina, no ânus ou boca da vítima, ao demonstrar desprezo para com a mulher violentada, ostentando virilidade. O caso ocorreu na apelação n. 2011.083656-4, da Comarca de Rio Negrinho, e segundo se constatou nos autos, o acusado abordou a vítima com uma faca e ordenou que fosse com ele a um terreno baldio. Neste local, sob ameaças de morte, o estupro introduziu seu pênis na vagina e ejaculou no interior desta, além de provocar lesões na vítima (SANTA CATARINA12, 2011, p. 8).

O próximo exemplo aconteceu na apelação n. 2013.026720-8, sendo que segundo narrou o relator em seu voto:

[...] a vítima foi obrigada pelo acusado a ajoelhar-se e com ele praticar sexo oral, até que, em determinado momento, este lhe retirou a calça e a calcinha e constrangeu-lhe à conjunção carnal. Dando continuidade, o denunciado coagiu L. a novamente fazer sexo oral e, apesar dos apelos desta, ejaculou em sua boca (SANTA CATARINA13, 2013, p. 02)

Logo, o agressor não se satisfaz em estuprar a mulher, mas depois a humilhou obrigando a felação e ejacular em sua boca, em demonstração de total desprezo não para apenas com a vítima especificamente, mas também mostrando uma forma de humilhar o feminino. Por sua vez, na apelação n. 2014.001416-7,

originada de ação penal aforada na Comarca de Canoinhas, a vítima relatou na fase policial “Que ele também mandou que fizesse sexo oral nele e ejaculou na sua boca; Que ele também a forçou a fazer sexo vaginal; Que durante os atos, ele pegou uma câmara fotográfica e disse que iria filmar [...]” neste caso, o estupro além de forçar a vítima a praticar sexo, e ejacular em sua boca, queria registrar imagens do martírio da vítima (SANTA CATARINA14, 2014, p. 9). Noutro recurso apreciado pela corte, o de n. 2014.024046-3, o relator registrou em seu voto, tendo como base o depoimento dado pela vítima na fase policial, “Que além do sexo anal, o mesmo promoveu sexo vaginal; Que não foi usado camisinha e ele ejaculou em seu ânus [...]” (SANTA CATARINA15, 2013, p. 03). As ejaculações são expelidas na boca, ânus, vagina e até no rosto da vítima como ocorreu na apelação n. 2011.034659-1.

O terceiro elemento do *modus operandi* dos estupradores que indica a humilhação e subordinação da mulher pelo homem é a expressão “que você poderia me dar”, como se o órgão sexual feminino fosse algo a ser “dado” ou “ofertado” ao homem ao seu bel prazer. E é por causa da negativa das vítimas em conceder a estas súplicas que os malfeitores não a admitem e que acabam praticando o estupro e provando sua superioridade viril perante as subjugadas. Exemplos podem ser vistos na jurisprudência catarinense e na apelação n. 2012.005312-5, em que a vítima assim declarou na fase indiciária:

[...] o mesmo retornou falou a declarante "**bem que você podia me dar aqui**"; que, a declarante respondeu "não, por causa de uma carona eu não vou dar, prefiro ficar a pé"; que, o masculino falou "então tá, você vai a pé", embarcou na motocicleta e saiu do local; que, a declarante ficou sozinha, começou a caminhar em sentido contrário da motocicleta; que, passou mais ou menos meia hora ele retornou, fez a volta, estacionou a motocicleta, veio de encontro a declarante e, sem falar nada jogou a declarante no asfalto, arrancou suas roupas, colocou preservativo em seu órgão genital e manteve relações sexuais a força com a declarante [...] (SANTA CATARINA16, 2012, p. 04) (grifo nosso)

A expressão significa mais do que solicitar a mulher uma relação sexual, tal indagação carrega consigo uma carga de hierarquia de gênero, como se o órgão genital feminino puder ser “dado” ao macho. Em outro recurso, apelação n. 2012.087593-0, oriundo da Comarca de Bom Retiro, a vítima esclareceu em depoimento a polícia que o agressor falou:

[...] “apenas vamos dar uma volta, eu vou, até você resolver me dar”; que falou para ele que queria vir embora ou deixasse a comunicante ali mesmo;

que próximo a ponte do Pinguirito, Bunitinho estacionou o caminhão, bem no acostamento, tirou as calças e começou a agarrar a comunicante [...] (SANTA CATARINA¹⁷, 2012, p. 03)

Com a mesma forma anteriormente descrita, o réu afirmou que ficaria com a vítima até o momento em que deixasse a disposição seu órgão genital para ser “dado” ao agressor.

Nos três elementos acima refletem a ponderação de Nancy Fraser, onde esta argumenta que

Difusamente institucionalizado, este padrão valorativo androcêntrico gera formas de *subordinação de status* específicas de gênero, incluindo violência sexual, violência doméstica, tutela por toda a vida, casamentos arranjados, mortes por dote, estupros em massa como uma arma de guerra, mutilação genital e escravização sexual. E ainda, negação da integridade corporal, da liberdade reprodutiva, e da autodeterminação sexual. (FRASER, 2008, p. 09)

Como explanou Fraser, a violência sexual é uma das subordinações de status específico de gênero, tanto ao se estabelecer relações sexuais forçadas, quanto pela forma em que esta é praticada, como a mutilação genital que ocorreu no caso do agressor que inseriu um arame na vagina em um dos casos citados anteriormente. Além disso, ao analisarem-se os três casos com similaridades dos três *modus operandi* acima extraídos da jurisprudência catarinense, pode-se compreender como os corpos femininos são considerados abjetos na definição de Judith Butler (PRINS; MEIJER, 2002, p161-162). Abjetos porque os agressores introduzem dedos, mãos e objetos de todo tipo na vagina (comprimidos, arame, algodão), ejaculam sobre a genitália, anus, boca e rosto das vítimas, e solicitam e “usam” a força porque não foi “dado” a eles.

Em consonância com a afirmação de Nancy Fraser, Vera Regina Pereira de Andrade adverte ainda que:

Ao emitir a mensagem de que “qualquer” um pode realizar o estupro obscurece que é um crime caracteristicamente praticado pelos homens contra as mulheres (de um gênero para outro) e um atentado à sua sexualidade, próprio de uma sociedade na qual existe hierarquia de gêneros. (ANDRADE, 2003, p. 101)

Realmente, ao se realizar uma simples busca pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, constatar-se-á facilmente que não é “qualquer

um” que pratica o delito estupro, mas o homem que quer impor superioridade em face da fêmea, demonstrando sim a hierarquia de gêneros. Cabe ainda mencionar que nos casos apreciados por esta pesquisa, a dominação masculina também se observa pelo fato de os agressores não possuírem raiva da vítima em si, mas sim da existência feminina, pois a satisfação deles não era bater ou machucar as vítimas, mas sim violar o corpo da mulher, sua genitália, a vagina, seja consumando a coito, seja introduzindo dedos, mãos, arame, comprimidos e outros.

Após estas reflexões sobre a dominação masculina nos crimes de estupro, calha a lembrança da criminóloga Soraia Mendes sobre a crítica que exerce à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta:

O tráfico de entorpecentes, por exemplo, não só passou a fazer parte das estatísticas criminais femininas, como representa 57% das mulheres encarceradas em nosso país. Por outro lado, das mulheres presas por este crime, um número ínfimo, apresenta um status de comando dentro de alguma organização criminosa. Ou seja, a maioria esmagadora destas mulheres não são chefes de quadrilha, nem mesmo ocupam funções importantes dentro destas. Elas são mulas, e muitas delas, meros meios de transporte de drogas para o interior de presídios para suprir as necessidades de maridos e companheiros. Para compreender o como, onde e por que este crime ocorre não são suficientes perguntas epistemologicamente construídas a partir da condição socioeconômica destas mulheres. (MENDES, 2012, p. 199)

Mendes acredita que as construções socioculturais não explicam os crimes de tráfico praticados pelas mulheres sem também um olhar de gênero. Em que pese ter a autora se referido ao crime de tráfico, é admissível o paralelo da mensagem exposta por ela aos crimes sexuais praticados pelos homens, pois, observados os acórdãos de estupro na jurisprudência catarinense, não se visualiza a influência de condições socioeconômicas que imperassem para a execução de um estupro. Isso, ainda que se levasse em conta o gráfico passado acerca do concurso de crimes, em que demonstrou ter sido grande o número de roubos praticado junto (art. 157, CP). Todavia, indaga-se se a condição socioeconômica teve grande influência no estuprador que perfurou os lábios da vagina de uma das vítimas mencionadas, se foi por este motivo que levava vários outros a introduzirem dedos, mão, objetos, comprimidos na vagina das vítimas. Não há outra explicação, se não a imposição humilhante, a subordinação para com o outro, do masculino para com o feminino.

4.3. Divergências jurisprudenciais

Mesmo sendo um tribunal, em tese, órgão formador da jurisprudência, este também possui o papel oficial de casa revisora e corregedora de erros *in procedendo* e *in judicando*. Diante de tais missões, ainda assim a divergência de opiniões é uma constante nos tribunais brasileiros, e o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina não poderia ficar de fora, também no que tange ao crime de estupro.

Talvez a primeira e mais difícil tarefa dos desembargadores seria a de estabelecer medidas para se definir até onde vai a tentativa e consumação, tendo ainda em vista o peso da transformação legislativa ocorrida em 2009 com a Lei n. 12.015. Cabe ainda mencionar que além dos limites entre a tentativa e a consumação, tem-se as contravenções penais, principalmente as previstas nos artigos 61 (perturbação ao pudor) e 65 (molestar).

Num dos casos julgados pelo Tribunal, na apelação n. 2010.061447-7, de São José, o relator foi da seguinte posição:

Diante disso, muito embora a conduta do acusado, de fato, tenha sido ofensiva ao pudor da vítima, não há como conceber-se que aqueles atos (mãos nos seios e nas pernas) seja de tamanha intensidade a justificar a mesma reprovação penal aplicada para uma conjunção carnal, um coito anal ou outra forma de relação sexual equivalente. [...] Destarte, voto pelo provimento parcial ao recurso para desclassificar o crime para a forma tentada (art. 14, II, CP). (SANTA CATARINA18, 2010, p. 06)

Mesmo utilizando-se de violência física, os desembargadores entenderam pela desclassificação do crime, pois os atos de “passar as mãos nos seios e nas pernas” seria demasiadamente desproporcional à condenação pela forma consumada de estupro.

Em outro caso prático, na apelação n. 2011.040256-9, de Chapecó, no qual também houve o crime de roubo, o autor apalpou a vítima. Entendeu o julgador:

[...] em meio aos atos executórios do crime de roubo, de modo que o réu, ainda que se utilizando de uma faca, apalpou as coxas e os seios da vítima, além de beijar-lhe o pescoço. Ademais, não foram perpetrados atos de maior ofensividade, mesmo após ter o réu amarrado o irmão da vítima no banheiro e mantido esta sozinha em seu poder, reduzindo-lhe a capacidade de resistência. Relacionada a essa última especificidade, mister enaltecer que, apesar da reprovabilidade da ação do acusado, o delito de estupro é considerado hediondo, envolvendo ações demasiadamente graves e de considerável reprovação social e penal. Sob esse viés, não se pode

equiparar a ação do acusado no caso em voga com aquelas típicas daquele delito. (SANTA CATARINA19, 2011, p. 04)

Neste caso, houve a desclassificação do crime de estupro para Contravenção Penal (molestar ou perturbar), prevista no art. 65. O Relator fundamentou a desclassificação com o argumento de que tais atos se desenvolveram no permeio do crime de roubo (art. 157, CP) e constatou que não houve prova suficiente de que o réu empregou o constrangimento com o fim de saciar a lascívia ou a concupiscência.

Em outra apelação criminal, agora de n. 2012.005273-8, originada na Comarca da Capital, tem-se que o acusado iniciou sua empreitada criminosa com o objetivo de roubar (art. 157, CP), mas durante a execução, segundo consta dos autos e relatado durante o julgamento do recurso, o acusado:

[...] agarrou a vítima de forma violenta, empunhando uma arma de fogo e puxando-a para fora da estrada. Tanto que a vítima caiu, vindo a ferir o braço e as costas. Ato contínuo, agarrou-a e passou a mão nos seus seios, tentando arrancar-lhe a blusa. Tal atitude, conquanto executada no mesmo contexto dos atos de subtração, configura o crime autônomo de estupro. Não se pode afirmar que se tratou de simples apalpadela, praticada com mero propósito de blague ou troça, ou apenas para provocar ou humilhar a vítima. (SANTA CATARINA20, 2012, p. 08)

No caso julgado, o “passar as mãos” teve peso significativo, visto que o acusado fora condenado por estupro consumado, reformando a sentença do juiz “a quo” que havia inadmitido o estupro.

Observou-se em outro caso prático apreciado pelo tribunal - Apelação n. 2012.006653-1, da Capital -, em que o apelante, enquanto aguardava o namorado da vítima pegar dinheiro em caixa eletrônico, permaneceu no interior do carro do casal com a ela, passando a “saciar sua lascívia, passando a mão no órgão genital da ré ou obrigando esta a tocar-lhe” (SANTA CATARINA21, 2012, p. 06). Neste caso, o apelante defendia a tese da desclassificação para contravenção penal (art. 61) que foram rejeitadas pelos desembargadores. Tal rejeição deu-se principalmente porque o agente tocou a genitália da vítima e obrigou-a a tocar na dele, circunstância diversa dos casos anteriores, em que as apalpadelas ocorreram nos seios, pernas e pescoço.

O que se percebe é que foi valorado negativamente ao réu as apalpadelas quando este praticou o crime com outras circunstâncias negativas como o emprego

de arma de fogo, como ocorreu nos dois últimos casos. Mas, compulsando-se o novo tipo penal de estupro e a realidade ocorrida nos casos práticos observados nesta pesquisa, a melhor posição é aquela defendida pelo Desembargador Paulo Roberto Sartorato, na apelação n. 2013.020558-3, que assim ponderou:

Mostra-se de grande valia frisar que as passadas de mão nos seios e pernas da vítima, na visão deste Relator, configuram atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Todavia, face ao princípio da *non reformatio in pejus*, mantém-se a condenação do réu/apelante pelo estupro na modalidade tentada, conforme reconhecido na sentença (art. 213, *caput*, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal) (SANTA CATARINA22, 2013, p. 09)

Fora, assim, guardadas as cautelas em se não culpabilizar alguém por um crime pelo qual não quis cometer.

A próxima divergência observada na jurisprudência sobre o crime de estupro no Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina versou sobre o início de cumprimento de pena do Estuprador, quando esta não atinge os 8 anos. A divergência se apresenta pelo fato de o crime de estupro estar perfilhado entre os ditos hediondos, estampado no artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90. Tal desencontro de opiniões ocorre principalmente pelo fato de as instâncias superiores, em controle difuso de constitucionalidade, estarem abrandando a rigidez prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da lei de delitos hediondos. Inclusive um dos julgados da Suprema Corte mais mencionados foi o proferido no Habeas Corpus n. 111.840/ES, que recebeu a seguinte ementa:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual

apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

A discussão está no sentido de que tais julgados, como o supra, foram realizados em controle difuso, ou seja, *incidenter tantum*, somente valendo entre as partes, não podendo tal situação ser generalizada como se *erga omnes* fosse.

A discussão ficou clara no julgamento da apelação n. 2013.011090-9, proveniente de Mafra. No presente caso, o réu fora condenado no juízo *a quo* a 6 anos de reclusão pela prática de estupro consumado (art. 213, *caput*, do Código Penal), sendo que, na oportunidade, o juiz fixou regime inicial fechado de cumprimento da pena. Perante a Corte de Justiça Catarinense o apelante suplicava pela absolvição, que foi improvida pelo voto vencedor (Desembargador Roberto Lucas Pacheco), que, de ofício, alterou o regime inicial de cumprimento em semiaberto, com base no julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa acima se transcreveu. Todavia, o Desembargador José Everaldo Silva foi de encontro com a maioria, argumentando que:

Mas, com o devido respeito ao entendimento citado, cujos efeitos se dão apenas entre as partes envolvidas, sigo a trilha da jurisprudência que, de forma cautelosa, vem entendendo pela fixação do regime fechado, dada a previsão contida no art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação fornecida pela Lei n. 11.464/2007.

A propósito, veja-se: TJSC, AC n. 2011.017181-5, de Santa Rosa do Sul, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 18.8.2011; TJSC, AC n. 2011.043536-2, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 26.8.2011. (SANTA CATARINA23, 2013, p. 13)

O magistrado de opinião divergente manteve o regime inicial fechado, aplicando a lei de crimes hediondos e demonstrou a discordância estabelecida sobre o caso.

4.4. Casos Especiais de Estupro Encontrados

Já se encaminhando para o encerramento deste capítulo, cabe mencionar alguns julgados que chamam atenção por suas peculiaridades e inovações no âmbito do estudo sobre estupro e gênero. E como referido no início deste terceiro capítulo, neste momento apresentam-se aqueles recursos que não foram explorados pela pesquisa quantitativa, como o Recurso em Sentido Estrito.

O primeiro caso trata do Recurso em Sentido Estrito de n. 2014.017300-7, oriundo da Comarca da Capital. Segundo parte da denúncia:

No mês de março de 2011, o denunciado H. M. L., passando-se falsamente pelo jogador de futebol Neymar, adicionou a vítima L. R. na rede social MSN. A partir daí, mantiveram conversas pela internet por meio do MSN, Facebook, Skype, email e telefone, estabelecendo uma relação de amizade íntima. Em função dessa relação, L. enviou fotos em que aparecia nua e fez videoconferências praticando atos com conotação sexual. Passado algum tempo, entretanto, H. M. L., conhecedor de toda a rotina de L. e estando na posse da senha de diversas imagens obscenas da vítima, passou a utilizar as mídias que detinha em seu favor, praticando os crimes [...] (SANTA CATARINA24, 2014, p. 03).

Ou seja, o denunciado que havia se relacionado com a vítima através das redes sociais na internet, conseguiu dados e mídias da vítima, passando neste momento a obrigar a vítima a satisfazer suas vontades. O primeiro delito descrito pelo Ministério Público é de falsa identidade (art. 307, CP), pois que se identificava como o jogador Neymar, e certamente a fala e fortuna deste jogador famoso despertou interesse da vítima. O segundo crime pelo qual o réu foi denunciado foi por Constrangimento Ilegal (art. 146, CP), já que, segundo o representante ministerial, praticou tal delito obrigando a vítima a cumprir os seus comandos, sob a ameaça de que iria divulgar as fotos e dados que possuía na grande rede. Além disso, fora denunciado por extorsão (art. 158, CP), porque exigiu da vítima a quantia de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) para não expor na rede as imagens que detinha.

O próximo crime em que o réu foi denunciado foi o Estupro (art. 213, CP), relatando o *parquet* que o réu estava satisfazendo sua lascívia obrigando, sob as ameaças acima, a vítima a introduzir um vibrador em seu ânus, além de colocar o dito objeto em sua boca para simular sexo oral, para contemplação e satisfação de desejos sexuais do réu. Cabe lembrar que há provas de tais fatos, através de escutas telefônicas, laudos periciais, fotos e vídeos.

Ao receber o caderno processual, o Juiz de Direito rejeitou parcialmente a denúncia, no específico que versava sobre o crime de estupro e extorsão, pois considerou que estes crimes carecem de contato físico entre as partes, o que não aconteceu no caso. Tal decisão motivou o Ministério Público a intentar Recurso em Sentido Estrito que foi analisado pelo Relator, Desembargador Carlos Alberto Civinski. Em sua decisão o relator posicionou-se contrariamente, aduzindo que:

O crime contra dignidade sexual não exige que o próprio autor pratique atos sexuais, mas sim que a vítima seja submetida a eles, esteja ela na presença do agressor ou à distância. A narrativa evidencia que o agente identificando-se falsamente como o jogador de futebol Neymar criou vínculo de amizade íntima mediante programas de computador, tais como facebook, MSN, Skype. Posteriormente, mediante grave ameaça, obrigou a vítima a prática atos libidinosos como automasturbação mediante uso de instrumentos na prática de coito anal (SANTA CATARINA, 2014, p. 07).

Ressalte-se que tal possibilidade se deu em virtude de o novo crime de estupro, reformulado pela Lei n. 12.015/09, incluir o tipo de atentado violento ao pudor, que para o relator, não exige o contato físico do agressor com a vítima. Por isso, a câmara deu provimento ao recurso ministerial, recebendo integralmente a denúncia, também no que tange ao crime de extorsão.

Tal decisão mostra-se inovadora na jurisprudência por dois motivos: primeiro porque não houve contato físico entre as partes como, em regra, aconteceu nos casos anteriores exaustivamente observados. Segundo, porque a decisão refere-se aos perigos que a modernidade pode trazer através da *internet* e das redes sociais como *Facebook*, *Skype*, inclusive, porque estes meios facilitadores da nova relação digital, cibernética, entre as pessoas, não estão imunes a prática de crimes como o Estupro, ainda que tenham, na origem e no seu objetivo, a função de maior integração social.

Outro tema diferenciado e verificado na jurisprudência foi no tocante ao concurso de crimes. Em alguns julgados, o Tribunal deparou-se com o reconhecimento de concurso formal existente entre estupro e roubo por juízes de primeira instância, teses estas rechaçadas pelo órgão *ad quem* por coadunarem com a visão de que ambos possuem *modus operandi* diversos, além de características distintas. Na apelação criminal n. 2013.027910-0, consignou-se que “Com efeito, foram executadas duas ações autônomas destinadas a lesar bens jurídicos distintos, resultando em crimes absolutamente diversos, particularidades que não comportam

o reconhecimento do concurso formal de delitos. (SANTA CATARINA²⁵, 2013, p. 04), ou seja, os crimes possuem desígnios autônomos, não observados pelo magistrado sentenciante. Novamente posto o caso em debate, na apelação n. 2013.026720-8, os magistrados entenderam que há sim concurso material e não formal, prevista no art. 70 do Código Penal.

Como linhas conclusivas deste derradeiro capítulo, a respeito da análise qualitativa da coleta de dados sobre o crime de estupro na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se chegar a conclusões positivas e negativas nos recursos de apelação criminal, tanto dos agressores como do Ministério Público.

As positivas se mostraram no sentido da valorização dos relatos das vítimas de estupro, pelo menos no que tange ao judiciário catarinense, demonstrando maior consideração pela versão apresentada pelas vítimas, o que não ocorria em passado remoto, como observou Vera Regina Pereira de Andrade. Outrossim, o órgão colegiado também rejeitou a tese de defesa de alguns réus que evocaram as qualidades morais e a honra como elementos desqualificadores das vítimas, principalmente, pertinentes às prostitutas, o que comprova estar o Tribunal atento à real intenção disposta no elemento constitutivo do delito de estupro que é a violação à liberdade sexual.

Porém, em sentido negativo, talvez tenha sido a constatação de que o crime de estupro é um delito típico de violência de gênero, pois conforme exposto nas três características peculiares de *modus operandi* dos agressores, observou-se que estes almejavam promover a humilhação da mulher, subjugando-a como um corpo abjeto e sem valor para o masculino. Além disso, através dos gráficos apresentados, concluiu-se também que há um forte punitivismo do Poder Judiciário em retirar do meio social os agentes que praticaram o estupro.

Por fim, conclui-se que o Direito Penal continua necessário para tutelar os direitos femininos contra os violentos agressores de gênero, mesmo não se discordando da posição de Vera Regina de que o Sistema de Justiça Criminal duplica a violência contra a mulher.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a estudar o crime de estupro perante o Sistema de Justiça Criminal, tendo como base a pesquisa histórica bibliográfica e jurisprudencial à luz da Criminologia Feminista. Ou seja, a presente pesquisa visou perceber através do crime de estupro – art. 213, caput, do Código Penal – como a Sistema Penal lida com a violência sexual contra as mulheres.

O objetivo da presente monografia foi concluído no estudo dos três capítulos e os resultados obtidos apontam que, inicialmente, as mulheres foram duplamente discriminadas pelo sistema penal. Tal constatação foi assinalada no primeiro capítulo em que se revelou que o Sistema Criminal não cumpre seu papel de tutelar as mulheres vítimas de violência sexual, pois historicamente realiza a seletividade das mulheres que merecem a tutela penal, a partir do juízo de valor imputado sobre a conduta moral das vítimas em detrimento da análise da real violência que o agressor empregava. Além disso, apurou-se também que o sistema penal, como inferiu Baratta, aplica uma lógica perversa contra as mulheres, visto que foi pensado e criado por homens, na leitura sobre a condição feminina, dando mais importância a crimes patrimoniais aos sexuais como estupro. Além disso, como mencionou Vera Andrade, o sistema penal é reprodutor de um ciclo de violência e não cumpriu suas promessas declaradas, mas inversamente, as promessas ocultas.

Todavia, no terceiro capítulo, ao se realizar busca na jurisprudência no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no que tange ao crime de estupro na atualidade, compreendeu-se que a mentalidade dos julgadores, ao que parece, sofreu algumas mudanças que implicaram na recepção da visão das mulheres pelo Sistema de Justiça Criminal, principalmente no tocante a importância do relato da vítima.

No primeiro capítulo, observou-se conceitos inerentes a pesquisa, como: gênero, feminismos e Criminologia. Gênero, compreendido como uma categoria histórica de análise, foi melhor estudada pelo viés da escola pós estruturalista, pois esta tem como pressupostos estudar o processo pelo qual a assimetria de gênero foi estabelecida, para assim alcançar a quebra da fixidez dos binômios de discriminação, que associam a inferioridade das características associadas ao feminino, indicando a suposta superioridade masculina. Além disso, ao se estudar a Criminologia sob o enfoque de gênero, notou-se que Criminologia Crítica não

incorporou totalmente a dinâmica da categoria de gênero, pois ainda é marcada pelo viés de classe social, que leva muito em consideração o fator socioeconômico.

O segundo capítulo apresentou a história recente da discriminação contra as mulheres. Os estereótipos de que as mulheres eram seres inferiores, principalmente associados à figura da mulher criminosa, foram principalmente acentuados pelos partidários da Escola Positiva, de Cesare Lombroso, posteriormente reproduzida pelos autores brasileiros de fins do século XIX e início do XX. Os estereótipos sobre as mulheres criminosas foram inseridos no ordenamento jurídico, chegando até as codificações penais e o exemplo clássico foi a separação entre mulheres “honestas” ou não, presentes nas codificações penais de 1830, 1890 até a atual, de 1940. Todavia, quase 70 anos depois, algumas leis deixaram o diploma repressor menos machista, através da Lei n. 11.106/05, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 (extinção da punibilidade da vítima com o agressor ou com terceiro), e principalmente pela Lei n. 12.015/09, em que houve a alteração de vários dispositivos do Código Penal, retirando a “honestidade” da lei, tornando-a menos subjetiva e mais técnica.

O terceiro capítulo foi sem dúvida o mais revelador, comparado com os capítulos anteriores. Neste, analisados casos práticos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no que tange ao crime de estupro no período que abrange desde agosto de 2009 (última mudança legiferante do crime de estupro) até início de setembro de 2014, percebeu-se pontos positivos. Primeiro, a importância dos relatos da vítima, sem desmerecê-los, diferente de tempos passados como relatou-se no primeiro capítulo (através da obra de Vera Regina) e no segundo capítulo (obras dos irmãos Viveiros de Castro em fins do século XIX e início do XX). Em segundo lugar, a desconsideração da conduta moral das vítimas e, por conseguinte, o privilegiamento da liberdade sexual de forma técnica sem o uso de estereótipos para desqualificar a vítima, em que pese muitos defensores dos réus ainda utilizem estes tipos de expedientes como táticas de defesa.

Entretanto, observaram-se pontos negativos na jurisprudência sobre o crime de estupro no TJSC no período mencionado: primeiro, constatou-se através do *modus operandi* dos agressores a humilhação da condição feminina (colocar objetos na vagina, ejacular na vítima e o uso de expressões que demonstram o desejo de posse da genitália feminina). Além disso, também foi observada a cultura punitivista que vigora na mentalidade dos juízes(as), onde vários dos recursos analisados,

mesmo com penas abaixo da mínima legal, os recorrentes estavam presos, condição que mudava pelo fato de no segundo grau haver maioria que entendeu pelo cumprimento de pena em regime semiaberto. Diferença se mostrou do primeiro grau de jurisdição (punitivista) e no segundo grau (aplicador do regime inicial semiaberto), muito influenciado pelo posicionamento dos tribunais superiores. E por fim, observou-se no decorrer do terceiro capítulo que a doutrina, mesmo de forma velada, ainda continua a separar a mulher pela honestidade, entre honestas e prostitutas, demonstrando que muito embora a lei tenha excluído tal barreira, a moralidade ainda continua a exercer influência cultural, que demarca o viés da discriminação de gênero imposta contra as mulheres.

Logo, os representantes do Poder Judiciário ainda precisam de mudanças para que as mulheres deixem de serem vistas como honestas ou desonestas, mas dignas de respeito pelas escolhas e atitudes. Feliz a fala de Alessandro Baratta quando menciona que a mulher deve ser vista como uma pessoa humana igual ao homem, e os direitos a serem conquistados não são os direitos femininos, mas Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALIMENA, Carla Marrone. **A Tentativa do (im)possível: Feminismos e Criminologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 230 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003. 187 p.

_____. Criminologia e Feminismo: Da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. Cap. 4. p. 105-117.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 254 p.

_____. O paradigma do Gênero: Da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. v.2 p. 19-80.

BINTENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**. 6. Ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1937), de 10 de novembro de 1937. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Lei**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lei**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361>. Acesso em: 11 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.027, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.. **Lei**. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111840. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

Cadernos Themis gênero e direito, ano 3, n. 3 (dez.2002). Porto alegre: Themis assessoria jurídica e estudos de gênero, 2002

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípios da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Carmen Hein de. A Contribuição da Criminologia Feminista ao Movimento de Mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal:** (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Boiteux, 2002. v.2 p. 133-150.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial; Teatro de sombras: a política imperial. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo:** O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/carvalho_-_o_papel_dos_atores_-_final.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **A nova escola penal.** Rio de Janeiro: J.r. dos Santos, 1913. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/49740/PDF/49740.pdf#search='direito criminal direito criminal'](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/49740/PDF/49740.pdf#search='direito%20criminal%20direito%20criminal')>. Acesso em: 19 out. 2013.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Delictos contra a honra da mulher.** Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. 372p.

ESTACHESKI, Dulceli de Lourdes Tonet. **OS CRIMES SEXUAIS NA CIDADE DE CASTRO – PR (1890-1920).** 2013. 131 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Programa de Pós-graduação em História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba,, 2013. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/portal/historiapos/files/2013/05/Dulceli.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12. ed. São Paulo: Ed. USP, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI:** O minidicionário da língua portuguesa 3.ed. RIO DE JANEIRO: Nova Fronteira, 1999.

FLECK, Eliane Cristina Deckmann; KORNDÖRFER, Ana Paula; CADAVIZ, Aline K.. DA AGRESSÃO À ASSISTÊNCIA, DA INFRAÇÃO À CORREÇÃO: menoridade e violência urbana (Porto Alegre, 1890–1920). **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 20, n. 1, p.163-194, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v20n1/v20n1a08.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

FRASER, Nancy. **Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação.** *Rev. Estud. Fem.* [online]. 2007, vol.15, n.2, pp. 291-308.

_____. **Redistribuição, Reconhecimento e Participação:** Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, IKAWA e PIOVESAN (org.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p.167-189.

GAMA, Affonso Dionysio. **Código penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1929.

HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal:** Volume VIII (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 536p.

JESUS, Damásio. **Código Penal Anotado.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

Luiz, Francisco. **Código Criminal do Império do Brasil.** Maceió: Typ. De T. Menezes, 1895. 692p.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea:** uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 409p.

MENDES, Soraia da Rosa. **(RE)PENSANDO A CRIMINOLOGIA: REFLEXÕES SOBRE UM NOVO PARADIGMA DESDE A EPISTEMOLOGIA FEMINISTA.** 2012. 284 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, Ppg/fd/unb, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. 168p.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal,** São Paulo: Saraiva, 1983.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 752 p.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou "cortesia"?: abordagem sociojurídica de gênero.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. 288 p.

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. **Revista Estudos Feministas,** Florianópolis, v. 10, n. 1, p.155-167, jan. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2002000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 out. 2013.

RODRIGUES, Carla. **Butler e a desconstrução do gênero.** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 18, n. 1, p.179-183, abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2005000100012&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 out. 2013.

SANTA CATARINA1. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2011.098211-5. Relator: CARLOS ALBERTO CIVINSKI. Florianópolis, SC, 24 de julho de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000KRPR0000&nuSeqProcessoMv=23&tipoDocumento=D&nuDocumento=4688388>>. Acesso em: 31 set. 2014.

SANTA CATARINA2. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.052011-7. Relator: LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN. Florianópolis, SC, 24 de setembro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000PGK90000&nuSeqProcessoMv=26&tipoDocumento=D&nuDocumento=6128456>>. Acesso em: 31 set. 2014.

SANTA CATARINA3. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.064637-0. Relator: TORRES MARQUES. Florianópolis, SC, 26 de novembro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, . Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000PULC0000&nuSeqProcessoMv=30&tipoDocumento=D&nuDocumento=6391705>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA4. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2010.058909-5. Relator: IRINEU JOÃO DA SILVA. Florianópolis, SC, 26 de outubro de 2010. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 11 abr. 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000H36V0000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=2855807>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA5. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2011.098211-5. Relator: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI. Florianópolis, SC, 24 de julho de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000KRPR0000&nuSeqProcessoMv=23&tipoDocumento=D&nuDocumento=4688388>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA6. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.013897-6. Relator: DESEMBARGADORA MARLI MOSIMANN VARGAS. Florianópolis, SC, 17 de setembro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 24 set. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000O81K0000&nuSeqProcessoMv=31&tipoDocumento=D&nuDocumento=6066927>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA7. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.051032-9. Relator: DESEMBARGADOR VOLNEI CELSO TOMAZINI. Florianópolis, SC, 22 de outubro de 2013. Florianópolis, 30 out. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000P>>

F3O0000&nuSeqProcessoMv=33&tipoDocumento=D&nuDocumento=6202099>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA8. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2011.048139-0. Relator: JORGE SCHAEFER MARTINS. Florianópolis, SC, 08 de março de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 26 mar. 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000J8QD0000&nuSeqProcessoMv=29&tipoDocumento=D&nuDocumento=4261829>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA9. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.034257-5. Relator: ROBERTO LUCAS PACHECO. Florianópolis, SC, 08 de agosto de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 02 set. 2013. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000O VAE0000&nuSeqProcessoMv=32&tipoDocumento=D&nuDocumento=5978001>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA10. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.074835-8. Relator: DESEMBARGADOR JORGE SCHAEFER MARTINS. Florianópolis, SC, 28 de fevereiro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 07 mar. 2013. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000N5O00000&nuSeqProcessoMv=30&tipoDocumento=D&nuDocumento=5342641>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA11. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.046870-4. Relator: DESEMBARGADORA MARLI MOSIMANN VARGAS. Florianópolis, SC, 26 de fevereiro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 05 mar. 2013. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000M BQW0000&nuSeqProcessoMv=28&tipoDocumento=D&nuDocumento=5331215>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA12. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2011.083656-4. Relator: DESEMBARGADOR TORRES MARQUES. Florianópolis, SC, 22 de novembro de 2011. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 15 dez. 2011. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000K C5I0000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=4035495>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA13. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.026720-8. Relator: DESEMBARGADOR MOACYR DE MORAES LIMA FILHO. Florianópolis, SC, 04 de junho de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 10 jun. 2013. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000O M7J0000&nuSeqProcessoMv=29&tipoDocumento=D&nuDocumento=5669565>>.
Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA14. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2014.001416-7. Relator: DESEMBARGADOR SÉRGIO RIZELO. Florianópolis, SC, 25 de março de 2014. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 02 abr. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000Q QDI0000&nuSeqProcessoMv=28&tipoDocumento=D&nuDocumento=6675222>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA15. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2014.024046-3. Relator: DESEMBARGADOR GETÚLIO CORRÊA. Florianópolis, SC, 01 de julho de 2014. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000R FGB0000&nuSeqProcessoMv=38&tipoDocumento=D&nuDocumento=7088500>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA16. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.005312-5. Relator: DESEMBARGADOR SÉRGIO IZIDORO HEIL. Florianópolis, SC, 20 de novembro de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 27 nov. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000L 1UV0000&nuSeqProcessoMv=28&tipoDocumento=D&nuDocumento=5092914>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA17. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.087593-0. Relator: DESEMBARGADOR SÉRGIO IZIDORO HEIL. Florianópolis, SC, 19 de fevereiro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000N KT20000&nuSeqProcessoMv=28&tipoDocumento=D&nuDocumento=5309823>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA18. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2010.061447-7. Relator: DESEMBARGADOR NEWTON VARELLA JÚNIOR. Florianópolis, SC, 09 de novembro de 2010. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000H 5VN0000&nuSeqProcessoMv=26&tipoDocumento=D&nuDocumento=2891410>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA19. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2011.040256-9. Relator: DESEMBARGADOR TORRES MARQUES. Florianópolis, SC, 06 de setembro de 2011. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000J 0U60000&nuSeqProcessoMv=23&tipoDocumento=D&nuDocumento=3729831>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA20. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.005273-8. Relator: DESEMBARGADOR ROBERTO LUCAS PACHECO. Florianópolis, SC, 02 de agosto de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 09 ago. 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000L1RW0000&nuSeqProcessoMv=38&tipoDocumento=D&nuDocumento=4725092>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA21. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.006653-1. Relator: DESEMBARGADOR SÉRGIO IZIDORO HEIL. Florianópolis, SC, 08 de maio de 2012. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 21 maio 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000L3MU0000&nuSeqProcessoMv=38&tipoDocumento=D&nuDocumento=4457580>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA22. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.020558-3. Relator: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO SARTORATO. Florianópolis, SC, 12 de novembro de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 02 dez. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000OG1L0000&nuSeqProcessoMv=60&tipoDocumento=D&nuDocumento=6315178>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA23. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.011090-9. Relator: DESEMBARGADOR ROBERTO LUCAS PACHECO. Florianópolis, SC, 02 de maio de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 21 maio 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000O3UM0000&nuSeqProcessoMv=36&tipoDocumento=D&nuDocumento=5597521>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA24. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2014.017300-7. Relator: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI. Florianópolis, SC, 24 de junho de 2014. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 02 jul. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000R7SR0000&nuSeqProcessoMv=35&tipoDocumento=D&nuDocumento=6984261>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTA CATARINA25. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2013.027910-0. Relator: DESEMBARGADOR JORGE SCHAEFER MARTINS. Florianópolis, SC, 15 de agosto de 2013. **Diário Oficial do Estado**. Florianópolis, 02 set. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000ONLF0000&nuSeqProcessoMv=28&tipoDocumento=D&nuDocumento=5978485>>. Acesso em: 11 set. 2014.

SOUZA, Luís Antônio F. de; SALLA, Fernando Afonso; ALVAREZ, Marcos César. A sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 8, n. 6, p.01-24, 2003. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down113.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2013.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e Feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 81-104.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003