

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO

IRICHERLLY DAYANE DA COSTA BARBOSA

DAS LINHAS ÀS ENTRELINHAS
A representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do
século XX nos crimes contra os costumes

Recife
2021

IRICHERLLY DAYANE DA COSTA BARBOSA

DAS LINHAS ÀS ENTRELINHAS
A representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do
século XX nos crimes contra os costumes

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Montenegro Pessoa de Mello

Recife
2021

B238d

Barbosa, Iricherlly Dayane da Costa

Das linhas às entrelinha : a representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX nos crimes contra os costumes / Iricherlly Dayane da Costa Barbosa, 2021
56 f.

Orientadora: Marília Montenegro Pessoa de Mello
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.
Mestrado em Direito, 2021.

1. Crime sexual. 2. Crime contra a mulher. 3. Direito penal.
4. Discriminação de sexo contra as mulheres. I. Título.

CDU 343.6

Luciana Vidal - CRB-4/1338

DAS LINHAS ÀS ENTRELINHAS
A representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX nos crimes contra os costumes

IRICHERLLY DAYANE DA COSTA BARBOSA

Dissertação defendida em 29 de setembro de 2021 como exigência parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Presidenta e Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP)

Maria Lúcia Barbosa

Examinadora externa: Prof.^a Dr.^a Maria Lúcia Barbosa (UFPE)

Manuela Abath Valença

Examinadora interna: Prof.^a Dr.^a Manuela Abath Valença (UNICAP/UFPE)

Valdenice José Raimundo

Examinadora interna: Prof.^a Dr.^a Valdenice José Raimundo (UNICAP)

Recife
2021

*À Luciene Mariano, minha mãe
e primeira professora, e à Dona
Dália, minha avó, dedico esse e
todos os meus trabalhos.*

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, minha maior inspiração! Mãe, concluir esse mestrado significa ficar mais perto de ser professora como a senhora, e para mim isso significa o mundo. A caminhada até aqui sempre foi muito difícil, mas em nenhum momento a senhora deixou de mover montanhas para que eu pudesse continuar correndo atrás dos meus sonhos. Obrigada por sempre acreditar e por me amar incondicionalmente. A senhora sempre será minha maior inspiração pessoal e profissionalmente.

À minha avó e à nossa família, por todo carinho e dedicação. Sem o amor e o apoio de vocês essa caminhada não teria sido possível. Tenho muito orgulho de fazer parte dessa família que, mesmo de longe, me dá forças para seguir lutando.

À Iana, por ser quem é e por fazer eu me sentir como me sinto. Obrigada por ser um abraço afetuoso no meu coração por vezes tão cansado e por ser incansável na missão de tentar me alegrar e acalmar mesmo nos momentos mais turbulentos. Sem o seu companheirismo a vida não teria tantas cores e a caminhada não teria o mesmo brilho. Que sorte te ter ao meu lado!

À Luisa Lins, por ser um porto seguro há tantos anos, pela honra de ter te encontrado na caminhada da vida e por poder crescer tanto ao teu lado. Obrigada por ser incêndio e calma quando eu preciso e por me dar coragem pra seguir sendo quem eu sou. Com você eu sempre andarei melhor!

À Marília Montenegro, por ser inspiração como pessoa e como profissional. As palavras nunca serão suficientes pra expressar o quão grata eu sou pelo nosso encontro, profa. Obrigada por seguir acreditando em mim e por manter minha fé em uma educação construída coletivamente. A caminhada ao longo desse mestrado foi especialmente difícil e a conclusão desse ciclo talvez não tivesse sido possível se nos momentos de maior angústia eu não tivesse ouvido o seu “nós estamos juntas nesse barco”. Obrigada pelo comprometimento e dedicação como orientadora. Mas, acima de tudo, obrigada pela nossa amizade e por ser porto seguro em tempos de fortes tempestades. Que sigamos sempre juntas!

À Mariana e à Ciani, as amigas que o mestrado colocou na minha vida e que agora eu não solto mais. Mari e Ci, que prazer compartilhar a caminhada com vocês e poder aprender tanto a cada dia. Obrigada por todo carinho e ajuda incansável. Sem vocês esse trabalho também não teria sido possível e meus dias não teriam a mesma alegria.

À Fernanda Rosenblatt e Manuela Abath, por todas as trocas nos espaços que compartilhamos ao longo desse mestrado. Vocês também são grandes inspirações pessoal e profissionalmente para mim e foi um grande prazer ter sido estagiária de duas professoras tão competentes e dedicadas. E aproveito para estender o agradecimento ao Grupo Asa Branca de Criminologia, coordenado pela professora Marília, que sempre me traz novas lentes e provocações. O Asa sempre será parte fundamental da minha construção enquanto pesquisadora.

À Amandinha, Andri, Cami, Emília, Luh Azevedo, Marília e Raquel, pela amizade, carinho e companheirismo. Saber que posso contar com vocês me dá forças para enfrentar qualquer desafio. Obrigada por tanto!

À Pollyana, minha psicóloga, por me ensinar tanto sobre profissionalismo e comprometimento com o outro. Obrigada pela leveza e afeto que me ajudam a passar por tantos processos difíceis.

À Géssica, Gabriela, Priscila e toda a equipe da pós-graduação lato sensu do IDP. Obrigada por acreditarem no meu potencial e por terem me acolhido tão bem durante os quatro meses de estágio. Essa foi uma experiência curta, mas que me proporcionou um aprendizado imenso.

À Wagner, bibliotecário do CCJ/UFPE, à Sérgio, bibliotecário da Faculdade de Direito da USP, e à equipe da biblioteca da UNICAP, por toda ajuda prestada ao longo dessa pesquisa.

À Universidade Católica de Pernambuco, minha casa acadêmica, por nesses mais de sete anos ter me proporcionado tantos encontros e aprendizados.

Ao CNPq e à CAPES pelo fomento não só a essa pesquisa, mas também aos três anos de Iniciação Científica. Investir em pesquisa é e sempre será fundamental para o desenvolvimento de uma educação séria e comprometida com a sociedade.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a análise da forma como as mulheres foram representadas nas doutrinas penais no âmbito dos até então denominados crimes contra os costumes na segunda metade do século XX. Partiu-se, para tanto, da hipótese de que as doutrinas apresentam uma representação categorizadora das mulheres, representando-as de modo a selecionar quais são idealmente tuteláveis. Valendo-se das lentes teóricas do feminismo negro, da criminologia feminista e da criminologia crítica, verificou-se até que ponto os pilares patriarcais e racistas constitutivos da sociedade brasileira e do sistema punitivo estavam evidenciados na produção do pensamento jurídico-penal, ganhando, forma concreta na atuação do Sistema de Justiça Criminal. A pesquisa foi dividida em dois níveis de análise guiados por uma perspectiva historiográfica. No primeiro nível, analisou-se o que texto expressamente disposto nas doutrinas penais, fonte histórica central da pesquisa, trazia enquanto representação. Notou-se nesse momento, que os doutrinadores, alicerçados no machismo em torno das discussões relativas à honra sexual das mulheres e de suas famílias, construíram ao longo de suas narrativas uma linha divisória entre dois tipos de mulheres: mulheres honestas e mulheres desonestas, sendo apenas as primeiras merecedoras da tutela penal. No segundo nível, analisou-se as entrelinhas das representações que construíram as categorias encontradas na etapa anterior, para que fosse possível visualizar de forma mais concreta de quais mulheres os doutrinadores estavam falando. Para tanto, foi necessário confrontar as fontes históricas já analisadas com fontes bibliográficas, para que assim fosse possível realizar uma análise mais profunda das categorias até então delimitadas. A partir do diálogo entre as fontes foi possível perceber que, embora não esteja expresso na superfície textual, o racismo atua de forma decisiva no preenchimento dos conceitos supostamente abertos utilizados pelos doutrinadores ao longo de suas obras, definindo assim, as correspondências entre as mulheres idealmente tuteláveis e as não tuteláveis com as imagens construídas socialmente das mulheres negras e brancas.

Palavras-chave: Mulheres honestas; Mulheres desonestas; Honra sexual e familiar; Crimes contra os costumes; Doutrinas Penais.

ABSTRACT

This work aimed to analyse the ways women were portrayed in criminal legal doctrine, during the second half of the 20th century, when debated the so-called crimes against customs. The hypothesis put forward was that the manuals of Criminal Law depicted women in opposing categories to select those who would be considered truly worthy of the State's legal protection. Working through the theoretical lenses of black feminism, feminist criminology and critical criminology, it was possible to assess the influence of structural patriarchy and structural racism in the formation of criminal legal thinking, and their reflection upon the Criminal Justice System. The research was divided in two fronts of analyses guided by a historiographic perspective. On the first front, the criminal law manuals, the central historical sources, were studied to find what the text brought up about the portrayal of women. It became noticeable that those authors, ingrained in their chauvinistic views, worked to establish a distinction between two types of women: honest and dishonest ones, the former being the deserving of legal protection. On the second front, the focus was to study what was being said between the lines of those legal textbooks so it would be possible to comprehend more clearly who were the women they were talking about. Therefore, the historical sources previously examined were confronted with the bibliographic references so that a more in-depth study of those determined categories became possible. From this dialogue it was possible to comprehend the decisive manner in which racism establishes parameters for supposedly undetermined theoretical concepts used by authors in their writings. Thus, connections are made between the socially constructed idea of protected and unprotected women being, respectively, white and black women.

Keywords: Honest women; Dishonest women; Sexual honour; Family honour; Crimes against customs; Criminal doctrines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1.QUEM DEFINE A HONESTIDADE FEMININA.....	14
1.1 CAMINHOS PENSADOS E ESTRATÉGIAS (RE)FORMULADAS.....	14
1.2 QUEM DIZ O DIREITO? O DIREITO PENAL E OS SEUS INTERLOCUTORES.....	23
1.2.1 Doutrinadores em análise.....	25
a) <i>Nélson Hungria Hoffbauer.....</i>	<i>25</i>
b) <i>Heleno Cláudio Fragoso.....</i>	<i>26</i>
c) <i>Júlio Fabrinni Mirabete.....</i>	<i>27</i>
d) <i>Edgard Magalhães Noronha.....</i>	<i>27</i>
e) <i>Damásio Evangelista de Jesus.....</i>	<i>28</i>
1.2.2 Lei, Doutrina e Jurisprudência.....	29
2 AS MULHERES E OS DOUTRINADORES PENAI: QUEM O DIREITO DEVE TUTELAR?.....	32
2.1 PUDOR E A MORAL PÚBLICA.....	33
2.2 TODAS AS MULHERES? FAZENDO AS DISTINÇÕES QUE O LEGISLADOR NÃO FEZ.....	39
2.3 A MORAL MÉDIA EM QUESTÃO.....	49
2.4 A MULHER HONESTA EXPRESSAMENTE TUTELADA PELO LEGISLADOR E DELIMITADA PELA DOUTRINA.....	53
2.5 A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DA ORGANIZAÇÃO ÉTICO-SOCIAL DA	

FAMÍLIA.....	57
2.6 A VÍTIMA NA REFORMA DE 1984.....	60
3 QUEM SÃO ESSAS MULHERES?.....	63
3.1 A CORRUPÇÃO DO PUDOR SOCIAL: ENTRE A GUIA DA MORAL SOCIAL E A APRENDIZ DE EVA.....	64
3.1.1 Mulheres negras e sexualidade.....	64
3.1.2 Mulheres negras e espaço público: agressividade e desordem.....	73
3.2 MULHERES NEGRAS E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	76
3.2.1 Mulheres: categoria que não alcança as negras.....	78
3.2.2 Uma honestidade que ultrapassa os crimes sexuais.....	83
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

A presente dissertação se destinou a estudar a forma como as mulheres são representadas no campo jurídico-penal, verificando, para isso, o modo como sua imagem é construída nas Doutrinas Penais no âmbito dos, até então denominados, “Crimes contra os Costumes”, na segunda metade do século XX.

Valendo-se das lentes teóricas da criminologia crítica e da criminologia feminista, partiu-se do entendimento de que o sistema de justiça criminal atua de forma seletiva tanto na determinação das pessoas criminalizadas, quanto na delimitação daquelas potencialmente passíveis de figurar enquanto vítimas, recebendo, com isso, a tutela legal. Entende-se também que no caso das mulheres esta seletividade está diretamente ligada às bases patriarcais que constitui esse sistema. Por seu turno, partindo do olhar do feminismo negro, sabe-se que o gênero é apenas uma das dimensões de atuação deste sistema que também tem como pilar constitutivo o racismo, embora este não esteja expressamente disposto na legislação.

Ao considerar as doutrinas penais como principal base teórica que alicerça o entendimento dos juristas que operacionalizam este sistema, parte-se da hipótese de que estas doutrinas apresentam uma representação categorizadora das mulheres, representando-as de modo a selecionar quais são idealmente tuteláveis.

Dessa forma, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, foi apresentado o porquê de analisar a construção doutrinário-penal, o percurso metodológico e os desafios encontrados para delimitação e acesso das fontes de pesquisa, bem como, os métodos e técnicas aplicados na análise. Desafios esses que se tornaram muito maiores devido à pandemia que iniciou com a entrada da pesquisadora no campo de pesquisa em março de 2020.

Por tratar-se de uma pesquisa que se valeu da perspectiva historiográfica, também foi vista a necessidade de apresentar quem foram as pessoas que escreveram as doutrinas analisadas, bem como, os lugares que elas ocuparam dentro do sistema de justiça criminal. Buscou-se, com isso, entender de qual lugar partiam suas percepções, além de visualizar em quais campos suas interpretações do texto legal ressoavam.

No segundo capítulo, apresentou-se a forma como as mulheres são retratadas nas doutrinas penais, passando inicialmente pela relação que os doutrinadores fazem entre as mulheres, o advento do pudor, que construiu a moral pública, e a sua decadência, responsável pela eclosão dos crimes sexuais. Ao longo deste capítulo será possível perceber como o texto doutrinário apresenta categorias de mulheres antes mesmo que o legislador o faça, para que se possa garantir que a tutela penal será restrita àquelas mulheres que a merece, independentemente, assim, da forma como o legislador vai optar por redigir o tipo incriminador. Posteriormente, evidencia-se como os doutrinadores colocam a ideia de “moral média” como elemento determinante da verificação de existência ou não de violação dos costumes nos atos praticados contra as mulheres.

Ainda neste capítulo, são apresentados os termos nos quais os autores delimitam formalmente a categoria de mulher honestas que continua presente no Código Penal de 1940 no âmbito dos até então crimes contra os costumes, bem como, a forma como a proteção dos interesses familiares é retratada. E por fim, é exposto como a entrada em vigor da reforma da parte geral do código levou a discussão do comportamento da vítima para além dos crimes sexuais.

No terceiro e último capítulo, apresentou-se como as categorias delimitadas no capítulo anterior constituem uma esfera superficial de análise e, entendendo o racismo enquanto pilar estruturante do sistema de justiça criminal, passou-se para uma segunda dimensão de análise.

Estabelecido um diálogo entre a fonte central desta pesquisa, as doutrinas penais, com fontes bibliográficas, este último capítulo foi dividido em duas etapas. A primeira consistiu na exposição da forma como a imagem das mulheres negras foi construída socialmente, para que fosse possível perceber a correspondência dessas com as categorias apresentadas pelos doutrinadores. E a segunda e última etapa, apresentou como essas correspondências se articulam na aplicação do Direito no sistema de justiça criminal, dando forma concreta à imagem de mulher que os doutrinadores pretenderam tutelar.

1. QUEM DEFINE A HONESTIDADE FEMININA

O presente trabalho teve a intenção de analisar a forma como as mulheres foram representadas nas Doutrinas Penais no âmbito dos até então denominados crimes contra os costumes na segunda metade do século XX.

Ao visualizar a construção das imagens das mulheres ao longo do texto doutrinário é possível também refletir sobre a forma como estas são apresentadas nos Cursos de Direito e, conseqüentemente, como se dá a formação dos juristas brasileiros, seja pela bibliografia indicada nas disciplinas de direito penal e/ou pelas apresentações expostas pelos docentes¹.

A importância de entender como os doutrinadores representaram as mulheres ao longo das décadas em suas obras se dá pelo fato de que é a partir dos parâmetros interpretativos apresentados pelas doutrinas que se constitui as lentes de análise dos futuros operadores do Direito. Para a presente pesquisa é fundamental visualizar o que o campo jurídico-penal diz sobre as mulheres.

É importante perceber também que a análise da forma como o texto doutrinário é escrito e como as representações são traçadas nos abre caminho para perceber os significados ocultos nas entrelinhas de tais representações.

Dessa forma, este trabalho evidencia não apenas o que as linhas das doutrinas penais dizem sobre as mulheres, mas também se preocupa em desvelar o que as entrelinhas dizem a respeito dessas representações das mulheres.

1.1 CAMINHOS PENSADOS E ESTRATÉGIAS (RE)FORMULADAS

Para o desenvolvimento da pesquisa, que teve como fonte central de análise as doutrinas penais, mostrou-se necessário, de início, fazer um levantamento das doutrinas que eram referência nacional e que, conseqüentemente, traçavam um

¹ Ao refletir sobre o que é apresentado em sala de aula, o faço por entender que a indicação de uma doutrina para o ensino de uma disciplina apresenta também a forma como o docente interpreta a legislação em linhas gerais.

parâmetro interpretativo da legislação penal, o que, posteriormente repercutiria na própria aplicação no Direito, uma vez que as doutrinas são a base do aprendizado dos juristas. Foi preciso, portanto, delimitar quais fontes seriam relevantes para tal análise.

Como a pesquisa trata dos crimes contra os costumes na segunda metade do século XX, primeiro foi feito um recorte do período histórico que entraria no campo de pesquisa. Mesmo entendendo que fazer recortes também significa ter perdas, trabalhar com cinco décadas mostrou-se inviável, dado o tempo de duração do mestrado e o grande volume de fontes a serem analisadas.

Dessa forma, trabalhou-se com as três décadas finais do século XX (70/80/90), inicialmente por entender que os doutrinadores penais nesse período já produziam seus escritos com uma linha de pensamento bem definida e com as visões que consolidaram desde as primeiras reflexões sobre o que Código Penal de 1940 trazia em seu bojo. Uma vez que o que se busca nesse trabalho é analisar a construção doutrinária, seria importante trabalhar a partir dos entendimentos que os doutrinadores firmaram ao longo desses anos, percebendo quais posicionamentos se consolidaram até então. Bem como, seria fundamental analisar e compreender quais são os entendimentos doutrinários que rompem a barreira do século XX e adentram ao nosso século XXI.

Para além dessa motivação, posteriormente também se apresentaram outros fatores que corroboraram com o entendimento da relevância dessas três décadas na discussão travada por este trabalho.

A década de 70 foi marcada na esfera penal pela repercussão social do caso do assassinato de Ângela Diniz pelo seu ex-namorado, Doca Street. Seu julgamento mobilizou a opinião pública sobre a questão da honra, tendo em vista que a tese defensiva utilizada foi a de “legítima defesa da honra com excesso culposo”, juntamente com uma narrativa que transformava a vítima em culpada pela sua própria morte.

Esse caso foi um marco no fortalecimento de demandas dos movimentos feministas em torno das pautas penais e da discussão sobre o uso da honra como tese de defesa em casos de assassinatos de mulheres. E, muito por influência dessa mobilização social, neste caso a acusação conseguiu a designação de um novo

juízo e em 1981 Doca Street recebeu nova condenação, sendo a tese de legítima defesa da honra desconsiderada (CASTRO, 2021).

Já a década de 80 apresenta dois marcos. Um deles é o fato de ser a última década da ditadura militar, período no qual o Brasil viveu um processo de redemocratização por meio de uma transição negociada. Nesse período os movimentos sociais passaram a se rearticular, ganhando mais força e no final da década, em 1988, ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a chamada Constituição Cidadã.

Por sua vez, na esfera penal a década de 80 é marcada pela grande reforma que o Código Penal passou desde 1940, alterando a parte geral do Código por meio da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984.

E a década de 90, se apresenta como um momento de observação dos possíveis rearranjos que a efervescência do final da década de 80 poderia ter provocado tanto sobre a representação das mulheres, quanto sobre seus direitos.

Por esses motivos as décadas de 70, 80 e 90 foram escolhidas como recorte temporal desta pesquisa. Percebeu-se que, querendo analisar a construção do pensamento doutrinário, era importante uma observação que trouxesse os pensamentos que se consolidaram depois da entrada em vigor do Código Penal de 1940, bem como, analisar as possíveis alterações em decorrência dos fatos que marcaram as décadas em questão. Perceber o significado das mudanças de pensamento que o tempo trouxe, mas, principalmente, entender o que as permanências dizem, quais indicativos elas trazem para o novo século.

Depois de definir o recorte temporal de estudo, foi o momento de definir o recorte espacial, analisando quais seriam as Instituições de Ensino Superior tomadas como base para essa pesquisa.

Visando uma análise que contemplasse o pensamento nacional em linhas gerais, optou-se por trabalhar com aquelas que foram as duas primeiras Faculdades de Direito do País: a Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

A escolha se justifica pelo fato de estas terem sido as instituições fundadas com o intuito de criar uma nova imagem de país, sendo os juristas formados nelas os

responsáveis por conduzir esse processo de construção (SCHARWCZ, 1993, p.141). Tais Faculdades estavam dedicadas explicitamente à formação da elite política brasileira, educando e treinando jovens para substituir os antigos donos do poder, tendo sempre em vista a responsabilidade de preservar os interesses da estrutura social oligárquica e escravocrata (GARCIA, 2014, p. 26-27). Dessa forma, analisar o pensamento jurídico-penal que circulava nestas instituições significa entender as linhas interpretativas que guiaram os (não tão) novos rumos do Brasil.

Outra questão que norteou a escolha de tais Faculdades como recorte espacial a ser analisado foi sua posição geográfica, questão essa que também foi determinante para a própria criação de tais instituições. Quando da sua criação, essas Faculdades visaram atender às diferentes partes do país, sendo a população do Norte abarcada pela escola sediada em Olinda (que em 1854 foi transferida para Recife), enquanto a população do Sul teria na cidade de São Paulo o seu mais novo centro de estudos jurídicos. De modo que para fins de pesquisa também se optou por trabalhar buscando essa representação do Norte e do Sul do país, para ter uma noção geral do conhecimento formal que circulava dentro do Brasil².

Ao longo de seu desenvolvimento a Faculdade de Direito do Recife formou muitos doutrinadores e teve uma vasta produção de teorias (muitas delas com um enfoque no direito penal), enquanto da Faculdade de Direito de São Paulo partiam um forte grupo de políticos que posteriormente seriam responsáveis pela construção das leis (SCHARWCZ, 1993, p.184). Desse modo, essas instituições sempre foram referência na produção legislativa e de conhecimento no Brasil e, dessa forma, podem nos trazer uma visão geral do material que foi base da formação dos juristas naquele momento.

Chegando no campo, a ideia inicial era ter como fonte as ementas da disciplina de Direito Penal que trabalhasse os crimes contra os costumes e a partir delas observar quais eram as doutrinas indicadas como referência para o estudo da matéria. No entanto, ao analisar estes documentos na Faculdade de Direito do Recife foi possível constatar que eles não tinham indicação de bibliografia base para a disciplina,

² Importante destacar aqui a pesquisa realizada por Mariana Dutra de Oliveira Garcia intitulada “A CRIMINOLOGIA NO ENSINO JURÍDICO”, que analisou o ensino da criminologia nas Faculdades de Direito do Brasil e que traz destaque para as duas Faculdades aqui analisadas.

de modo que o levantamento das doutrinas não poderia mais ser feito pela análise da fonte inicialmente pretendida.

Mudando a estratégia de coleta de dados, a nova fonte encontrada para saber as doutrinas utilizadas como referência para o estudo dos crimes contra os costumes no recorte temporal delimitado foi a análise dos Registros de Livros que entraram na biblioteca da Faculdade nesse período. Nesse documento estão apontados todos os livros que entraram na biblioteca, seja por meio de compra ou de doação.

Da análise do Registro de Livros chegou-se ao total de 231 livros versando sobre temáticas do Direito Penal (contando, inclusive, com literatura estrangeira). Desse universo de 231 livros, apenas 35 correspondiam ao volume III de Doutrinas Penais (que é a parte onde podem ser encontradas as discussões a respeito dos crimes contra os costumes). Depois do levantamento feito, para definir quais Doutrinas seriam usadas como fonte central de análise da pesquisa foi adotado o critério de observar quais doutrinas e doutrinadores eram mais recorrentes no Registro, descartando, dessa forma, aqueles que tinham apenas um exemplar. Tal decisão foi tomada por entender que a presença de um maior volume de Doutrinas de um determinado doutrinador chegando na biblioteca dá o indicativo de que aquela linha de pensamento é utilizada como referência para o estudo do tema na formação dos juristas que ali estavam.

Com esse critério de seleção chegou-se nos seguintes doutrinadores:

- Na década de 70: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus
- Na década de 80: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus e Heleno Fragoso
- Na década de 90: Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Heleno Fragoso e Julio Mirabete

Dessa forma, apresentaram-se, no primeiro momento, como possíveis fontes centrais de análise, as obras dos doutrinadores: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Heleno Fragoso e Julio Mirabete.

No entanto, nem todas essas doutrinas foram usadas com fonte na pesquisa. A obra de Aníbal Bruno foi cortada da lista de doutrinas a serem estudadas, pois a obra deste doutrinador não trata dos crimes contra os costumes, não existindo, portanto, motivo para analisar sua doutrina.

Por outro lado, mais um doutrinador teve sua obra incorporada à lista de doutrinas analisadas como fonte nessa pesquisa, qual seja: Néelson Hungria.

Embora não apareça no Registro de Livros da biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, Néelson Hungria e sua obra são recorrentemente citados como referência nas doutrinas que foram encontradas no Registro, o que demonstra a relevância que seu pensamento tinha para os demais doutrinadores, o que, direta ou indiretamente, influencia na construção do pensamento a respeito da temática naquela época³.

Dessa forma, a lista final de doutrinadores que tiveram suas obras definidas enquanto fonte central de análise desta pesquisa, traçada com base nos dados coletados na Faculdade de Direito do Recife, foi: Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Heleno Fragoso, Júlio Mirabete e Néelson Hungria.

No dia 15 de março de 2020, em decorrência do agravamento da pandemia de COVID-19, as universidades que compõem o Consórcio Universitas (do qual faz parte a Universidade Federal de Pernambuco) decidiram suspender as aulas, bem como as atividades presenciais na biblioteca, a partir do dia 16 de março de 2020. Nesta data a coleta dos dados que foram utilizados para fazer o mapeamento das doutrinas utilizadas como referência na Faculdade de Direito do Recife já havia sido encerrada, não prejudicando o momento inicial da pesquisa.

Passando para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a intenção inicial também era usar as ementas das disciplinas de Direito Penal como fonte para o mapeamento das doutrinas, no entanto, com o advento da pandemia de COVID-19 a coleta desses dados ficou comprometida.

³ Importante destacar aqui a pesquisa realizada por Camila Prando intitulada “O SABER DOS JURISTAS E O CONTROLE PENAL: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social” que traz destaque para os autores aqui mencionados, especialmente, Nelson Hungria.

No dia 13 de março de 2020 o Conselho de Reitores das Universidades Estaduais Paulistas decidiu suspender as aulas, bem como as atividades presenciais na biblioteca, a partir do dia 17 de março de 2020.

No site da Faculdade foi possível encontrar algumas ementas antigas, no entanto, elas não estavam dentro do recorte temporal delimitado para essa pesquisa. Entrando em contato com a biblioteca da instituição, por meio do seu e-mail, também não foi possível ter acesso a tais documentos, pois para que o funcionário responsável pudesse observar se ainda existe o registro desses documentos seria necessária a reabertura da biblioteca, e devido à pandemia essa volta às atividades ainda não tinha previsão de acontecer (seguindo assim até o início de 2021, momento do último contato com a instituição do qual se obteve resposta). Com o acesso às ementas do período delimitado pela pesquisa comprometido a estratégia teve, mais uma vez, que ser reformulada.

No site da Faculdade foi possível ter acesso à ementa que estava vigente em 2009, apresentando-se como possibilidade a análise da bibliografia base indicada, para verificar se havia uma certa correspondência entre as doutrinas de referência nas décadas de 70, 80 e 90 na Faculdade de Direito do Recife e das doutrinas de referência do final da primeira década do século XXI na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Analisando a referida ementa houve correspondência entre quatro dos cinco doutrinadores selecionados a partir do levantamento de dados realizado no Recife, quais sejam: Nélon Hungria, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso e Julio Mirabete.

O fato desses doutrinadores estarem presentes nas indicações bibliográficas para o estudo dos crimes contra os costumes ainda em 2009, traz o indicativo de que, assim como na Faculdade de Direito do Recife, essas eram as doutrinas de referência utilizadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de modo que as ideias e entendimentos desses doutrinadores circulavam de Norte a Sul do país e conduziam a construção do aprendizado dos juristas brasileiros. E sua relevância se mostra tão forte que mesmo entrando em um novo século suas ideias seguem sendo utilizadas enquanto linha interpretativa da legislação penal pátria.

Desse modo, os doutrinadores que tiveram suas doutrinas analisadas enquanto fonte nessa pesquisa foram: Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Heleno Fragoso, Julio Mirabete e Nélsion Hungria.

As doutrinas inicialmente analisadas foram as seguintes:

Quadro 1 – Principais doutrinas utilizadas como referência para o estudo dos crimes contra os costumes⁴

	Autor	Título	Editora, Cidade e Número da edição	Ano de Publicação
1	HUNGRIA, Nelson ⁵ ; LACERDA, Romão Cortês de	Comentários ao Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 ⁶	Edição Revista Forense, Rio de Janeiro	1947
2	FRAGOSO, Heleno Cláudio	Lições de Direito Penal	Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, São Paulo, 2ª Edição	1962

⁴ A ideia inicial era analisar a edição original dos autores, no entanto, não foi possível ter acesso a tais edições nos volumes aqui mencionados devido ao fechamento das bibliotecas em virtude da pandemia de COVID-19.

⁵ A obra completa é de autoria de Nélsion Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, no entanto a análise dos Crimes Contra os Costumes (objeto de estudo desse trabalho) é realizada exclusivamente por Nélsion Hungria.

⁶ A obra em questão está sendo reeditada pela Editora JusPODIVM. A justificativa para a decisão de reeditar toda a coleção desta obra se dá, segundo a editora, pelo fato de o mercado de livros didáticos de Direito Penal no país mostrar uma sensível lacuna e embora tal obra ainda seja fonte para textos de doutrina e precedentes de jurisprudência acerca de aspectos relevantes da Parte Geral, bem como de acesso frequente à Parte Especial do Código Penal, esta obra prima de Nélsion Hungria teve poucas reedições após a sua morte (JUSPODIVM, 2021).

3	MIRABETE, Julio Fabbrini	Manual de Direito Penal	Atlas, São Paulo, 6ª Edição	1991
4	NORONHA, E. Magalhães	Direito Penal	Saraiva, São Paulo, 22ª Edição	1995 ⁷
5	JESUS, Damásio E. de	Direito Penal – Parte Especial	Saraiva, São Paulo, 14ª Edição	1999

Contudo, ao longo da pesquisa também surgiu a necessidade de analisar o que os referidos doutrinadores falavam a respeito da alteração da parte geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84) que incluiu como circunstância judicial no art. 59 o “comportamento da vítima”.

Dessa forma, mais quatro obras foram incorporadas às fontes analisadas, sendo elas correspondentes ao volume I das obras dos doutrinadores inicialmente delimitados. A obra de Néelson Hungria, no entanto, não foi analisada, uma vez que não há registro de publicações posteriores à entrada em vigor da Lei nº 7.209/84. Assim sendo, as obras acrescidas ao campo de pesquisa foram:

Quadro 2 – Doutrinas Penais: Parte Geral de acordo com a Lei nº 7.209/84

	Autor	Título	Editora, Cidade e Número da edição	Ano de Publicação

⁷ A edição analisada neste trabalho é a publicada em 1995, mas cabe destacar que com o falecimento de Magalhães Noronha em 1982, sua obra passou a ser atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Contudo, a editora fez questão de deixar explícito na obra que a tarefa de atualização “foi desenvolvida de forma a manter intactas as características da obra, responsáveis pela ímpar preferência que lhe dedicam professores, estudantes, advogados, juizes e promotores públicos e cujos anseios em relação a ela, estamos certos, ficam, assim, plenamente atendidos (NORONHA, 1995).

1	FRAGOSO, Helena Cláudio	Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral	Forense, Rio de Janeiro, 10ª Edição	1986
2	MIRABETE, Júlio Fabbrini	Manual de Direito Penal	Atlas, São Paulo, 8ª Edição	1994
3	JESUS, Damásio E. de	Direito Penal – Parte Geral	Saraiva, São Paulo, 20ª Edição	1997
4	NORONHA, E. Magalhães	Direito Penal	Saraiva, São Paulo, 33ª Edição	1998 ⁸

1.2 QUEM DIZ O DIREITO? O DIREITO PENAL E OS SEUS INTERLOCUTORES

Considerando que as fontes históricas não falam sozinhas, quaisquer fontes – especialmente as escritas – devem ser encaradas com um olhar crítico, considerando as condições que as produziram, em um determinado *locus* de tempo e espaço, atentando-se também para quem as produziu (LEIPNITZ, 2017, p.227).

É fundamental entender de que modo, para além das doutrinas jurídicas, concepções de justiça e direitos se materializam na realidade histórica através das relações internas das sociedades, ou seja, como se apresentam na prática (LEIPNITZ, 2017, p.228).

Neste trabalho, que usa uma perspectiva historiográfica, partiu-se do pressuposto que existe uma realidade preexistente ao texto (CASTRO, 2016, p.92-93), e a análise desempenhada se baseia justamente na concepção dinâmica de linguagem, entendida como construção real de cada sociedade, elaborando e

⁸ A edição analisada neste trabalho é a publicada em 1995, mas cabe destacar que com o falecimento de Magalhães Noronha em 1998, sua obra passou a ser atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Contudo, a editora fez questão de deixar explícito na obra que a tarefa de atualização “foi desenvolvida de forma a manter intactas as características da obra, responsáveis pela ímpar preferência que lhe dedicam professores, estudantes, advogados, juizes e promotores públicos e cujos anseios em relação a ela, estamos certos, ficam, assim, plenamente atendidos (NORONHA, 1998).

desenvolvendo representações, em todos os momentos históricos (CONSTANTINO, 2002, p.186).

Embora se coloquem enquanto obras neutras e trabalhem a partir de uma linguagem universalizante, é fundamental ter sempre em mente que as produções teóricas são indissociáveis das condições econômicas e sociais nas quais suas raízes estão fincadas. Isso significa dizer que qualquer análise do conteúdo presente nos discursos deve considerar que eles são produzidos por indivíduos vivos, que tem localizações sociais concretas e interesses sociais concretos (ALVES, 2016, p.78).

Tratando-se da esfera do Direito, a figura do jurista é tida como o “motor da universalização” (ALVES, 2016, p.83). Trabalhando a partir de uma suposta unificação do espaço jurídico, os juristas vão atuar dotados de um discurso autorizado constituído pelas crenças mais profundamente compartilhadas acerca do Estado, da sociedade, da propriedade, da moralidade etc., instituindo-as e codificando-as nos documentos legislativos que elaboram, interpretam e aplicam (ALVES, 2016, p.90).

Dessa forma

Dado que a *legitimidade* do Estado moderno é em grande parte legal, criada e reproduzida pelo direito, pela lei e pela autoridade técnica e social de seus intérpretes, é possível supor que o penalista é um dos agentes que participam da manutenção do universo simbólico que garante a legitimidade das diversas manifestações da violência estatal. Os códigos penais que elaboram, os manuais nos quais interpretam o texto legislativo, as diversas opiniões ao mesmo tempo científicas e morais que produzem etc., constituem pilares simbólicos importantes da ordem social. (ALVES, 2016, p.91)

Assim sendo, antes de partir para análise do material produzido pelos cinco doutrinadores aqui delimitados, é importante primeiramente voltar o olhar para os próprios doutrinadores. Essa importância será ainda mais evidente quando, no segundo capítulo, forem apresentados conceitos como “moral média” e “*homo medius*”, uma vez que essa “média” será definida a partir da percepção de mundo desses doutrinadores.

Desse modo, é fundamental perceber quem eram as pessoas que estavam conduzindo a linha interpretativa da legislação penal, bem como, que lugar eles ocupavam na construção do saber jurídico formal e na própria aplicação do Direito, e como foram/são vistos por outros juristas.

1.2.1 Doutrinadores em análise

a) *Nélson Hungria Hoffbauer*⁹

Nascido no ano de 1891, no Município de Além Paraíba, Estado de Minas Gerais, Nélson Hungria se formou em Direito na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro no ano de 1909 (LEMOS, 2021).

Ao longo da sua vida pública foi Advogado e Promotor Público em Rio Pomba, Estado de Minas Gerais até 1918 (LAGO, 2001). Sem abandonar a advocacia, morou na capital mineira, onde tornou-se Redator de Debates na Câmara dos Deputados de Minas Gerais (LAGO, 2001). Em 1921 mudou-se para o Rio de Janeiro, onde atuou como delegado de polícia (LAGO, 2001). Ingressou na Magistratura, como Juiz da 8ª Pretoria Criminal do antigo Distrito Federal em 1924 (LAGO, 2001). Serviu posteriormente como Juiz de Órfãos e da Vara dos Feitos da Fazenda Pública, ascendendo ao cargo de Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 1944, e exercendo as funções de Corregedor (LAGO, 2001). Hungria ainda foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1951 e integrou, como membro substituto (25 de julho de 1955) e efetivo (23 de janeiro de 1957), o Tribunal Superior Eleitoral, tendo ocupado a presidência do órgão, no período de 9 de setembro de 1959 a 22 de janeiro de 1961 (LAGO, 2001).

Na área acadêmica, mediante concurso, obteve a livre docência da cadeira de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (atual Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ), e ainda escreveu inúmeras obras sobre direito penal e após a aposentadoria seguiu dedicando-se às atividades advocatícias (LEMOS, 2021).

E tendo também relevância na produção legislativa pátria, integrou a Comissão Redatora do Código Penal Brasileiro; no biênio 1947-1948, atuou como corregedor de

⁹ Aqui cabe mencionar que o coautor da obra analisada neste trabalho, Romão Côrtes de Lacerda, foi procurador-geral do Distrito Federal (HUNGRIA; LACERDA, 1947).

Justiça do Distrito Federal, integrando, no ano seguinte, a comissão revisora dos projetos do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, e na mesma ocasião, redigiu a Lei de Economia Popular (LAGO, 2001). Por fim, também elaborou o anteprojeto do Código Penal Brasileiro que entrou em vigor em 1972 (LAGO, 2001).

b) Heleno Cláudio Fragoso

Nascido no ano de 1926, em Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro, Heleno Fragoso formou-se em Direito em 1951, pela Universidade Livre de Direito, atual Universidade do Estado do Rio de Janeiro (FRAGOSO ADVOGADOS, 2021).

Com grande relevância no exercício da advocacia, em 1952 fundou o “Fragoso Advogados” e ao longo de sua carreira foi vice-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselheiro Federal da OAB e vice-presidente da Seção da OAB do antigo Estado da Guanabara, além de membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e integrante de seu Conselho Superior, além de ocupar a vice-presidência da Comissão Internacional de Juristas, em Genebra (Suíça), e da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em Paris (França) (FRAGOSO ADVOGADOS, 2021).

E ao longo de sua vida acadêmica, recebeu o título de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Coimbra (Portugal); foi Professor Titular de Direito Penal das Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Candido Mendes (UCAM), Livre-Docente da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ), e Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, em 1966. Foi também Editor da Revista de Ciências Penais, que apareceu em 35 números, findando com o seu falecimento; além de ter escrito 14 livros sobre Direito Penal (FRAGOSO ADVOGADOS, 2021).

Também cabe destacar que Fragoso atualizou alguns dos volumes (Volume I, Tomos I e II, Volume V, Volume VI e Volume VII) da obra, aqui analisada, “Comentários ao Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940” de autoria de Nélson Hungria. Sem interferir no texto original, o autor aduziu comentários adicionais ao final de cada volume (FRAGOSO ADVOGADOS, 2021).

c) Júlio Fabrinni Mirabete

Graduado em Direito pela PUC de São Paulo, ao longo de sua carreira profissional Júlio Mirabete foi investigador de polícia e ingressou no Ministério Público de São Paulo em 1963, onde permaneceu por vinte e dois anos, até aposentar-se. Foi também Diretor e Vice-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e integrou o Órgão Especial do Colégio de Procuradores e o Conselho Superior do Ministério Público (FLEURY, 2021).

No exercício da atividade acadêmica, Mirabete foi professor de Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal nas Faculdades de Direito de Itu, Mogi das Cruzes e Católica de São Paulo e Faculdades Metropolitanas Unidas, além de ensinar durante muitos anos em cursos preparatórios para o ingresso na carreira jurídica e de ser membro da Academia Paulista de Direito e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (FLEURY, 2021).

Após seu falecimento, Júlio Mirabete recebeu inúmeras homenagens, dentre elas a do Deputado Federal de São Paulo Luiz Antônio Fleury (formado em Direito na Faculdades Metropolitanas Unidas, no Estado de São Paulo, no período de 1968 a 1972), que coloca o autor como um dos mais importantes pensadores contemporâneos do Direito no Brasil e diz que não há estudante de Direito Penal que não conheça as análises do professor Mirabete (FLEURY, 2021). E ainda segue dizendo que os livros de Mirabete são peça indispensável não apenas nas salas de aula, mas também como consulta obrigatória a quem tem atividade profissional ligada à ciência jurídica (FLEURY, 2021).

Tal homenagem ajuda a reforçar a relevância que essas obras têm no Ensino Jurídico do país e, conseqüentemente, na interpretação e aplicação do Direito.

d) Edgard Magalhães Noronha¹⁰

¹⁰ Cabe mencionar que Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, responsável por atualizar a obra de Magalhães Noronha analisada neste trabalho, foi desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Nascido em 1906, Noronha ao longo de sua vida pública foi Promotor Público da Comarca de São José do Rio Preto e Procurador de Justiça do Estado de São Paulo (NORONHA, 1995).

No exercício da docência foi professor de Direito Penal das Faculdades de Direito da Universidade Mackenzie, da Faculdade de Sorocaba, das Faculdades Metropolitanas Unidas e da Faculdade de São Bernardo do Campo (NORONHA, 1995).

Além disso, foi Membro Titular da Academia Paulista de Direito, Diretor Geral do Departamento de Presídios do Estado de São Paulo e relator de teses no Primeiro Congresso Interamericano do Ministério Público, em 1954, além de representar São Paulo na Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia, em 1947 (NORONHA, 1995).

Em homenagem proferida no Discurso de Posse de Elival da Silva Ramos, que passava a ocupar a Cadeira nº 36 da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da qual Noronha é Patrono, tal Doutrinador foi colocado enquanto uma referência na formação jurídica de Elival. Ele menciona que durante seu curso de graduação, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos anos de 1973 a 1977, teve como material didático obrigatório indicado pelo professor de Direito Penal, os quatro volumes Curso de Direito Penal de Magalhães Noronha (RAMOS, 2021).

E aqui é importante apontar que com esse Discurso de Posse que faz homenagem a Magalhães Noronha também é possível confirmar o indicativo que a ementa em vigor em 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos traz: as obras ali referenciadas já eram usadas enquanto referência nas décadas anteriores, coincidindo com os dados encontrados na Faculdade de Direito do Recife.

e) Damásio Evangelista de Jesus

e professor da Faculdade de Direito Mackenzie e da Faculdade de Direito de Guarulhos (NORONHA, 1995).

Nascido no ano de 1935 no Município de Cerquilha, Estado de São Paulo, Damásio de Jesus graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Instituição Toledo de Ensino em São Paulo (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021).

Em sua vida pública atuou durante 26 anos no Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo se aposentado em 1988 como Procurador de Justiça (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021). Damásio teve também trabalhos importantes realizados para o Ministério da Justiça, a Prefeitura da Cidade de São Paulo, a Câmara dos Deputados, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo; chegou a representar o Brasil em algumas sessões da Organização das Nações Unidas (ONU); e também atuou como Advogado Criminalista (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021).

No meio educacional foi fundador, presidente e professor do Complexo Damásio Educacional, que é o mais antigo curso preparatório para concursos de carreiras jurídicas do país, do qual faz parte a Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021). Doutor Honoris Causa em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália) e autor de mais de 20 livros publicados pela Editora Saraiva, Damásio de Jesus também lecionou como Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Austral de Buenos Aires, bem como do Curso de Pós-Graduação da mesma Universidade; do Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* “Especialização em Direito Penal” – da Escola Paulista da Magistratura, e do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Estudos de Salerno (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021).

1.2.2 Lei, Doutrina e Jurisprudência

Depois de falar um pouco de cada doutrinador o primeiro dado que fica evidente é o fato de tratar-se de cinco homens da região sudeste do país. Essa informação não quer dizer que homens de outras regiões e mulheres não estavam produzindo conhecimento jurídico a respeito da temática, mas aponta que eles não estavam

sendo usados enquanto referência, trazendo assim o indicativo de que o lugar ocupado pelas suas produções teóricas nessa discussão é não hegemônico, não tendo a mesma repercussão na operacionalização do Direito que tem as obras que aqui serão analisadas. Bem como, traz o indicativo de que será possível se deparar com reafirmações das perspectivas patriarcalistas e regionalistas que constituem pilares da sociedade brasileira.

Outro ponto a ser destacado é que, tratando-se da realidade brasileira onde a monopolização do poder punitivo foi marcada por relações de intimidade entre o poder punitivo privado senhorial e o poder punitivo régio, no contexto de uma formação social estruturada pelo modo de produção escravista (ALVES, 2016, p.93), será o racismo um motor central na articulação das engrenagens que compõem a produção e aplicação do Direito proposta por tais doutrinadores.

Como aponta Dina Alves (2017, p.110), as instituições de justiça penal na América Latina continuam reproduzindo e ecoando as relações sociais do regime escravocrata. Mesmo na ausência de leis explicitamente racistas, a lei se constituiu não como garantia de direitos, mas como punição dos grupos historicamente situados à margem da cidadania (ALVES, 2017, p.110).

Dessa forma, o sistema de justiça criminal na América Latina tem a raça como seu principal organizador no processo de encarceramento (ALVES, 2017, p.110), e uma vez que o Direito continua sendo um espaço de manutenção de poder e que sua produção teórica se dá pelas mãos da elite jurídica aqui constituída, deparar-se com a reprodução do racismo é provável, mesmo que venha velada por uma linguagem universalizante.

Por fim, é fundamental destacar que observando a biografia dos cinco doutrinadores aqui analisados, percebe-se que eles integraram as mais diversas peças que compõem a engrenagem do sistema punitivo. Em suas atuações teve a elaboração do Código Penal; a produção das doutrinas que interpretam este Código; o exercício da docência que, conseqüentemente, levará a uma corroboração das interpretações presentes nas doutrinas por eles elaboradas; e a operacionalização do Direito nos casos concretos a partir de diversos polos de atuação.

Dessa forma, o impacto da construção teórica que passará a ser exposta no segundo capítulo deste trabalho não se restringe às doutrinas, uma vez que ela foi produzida por aqueles que também aplicam a lei, se valendo das bases interpretativas que serão aqui evidenciadas.

2 AS MULHERES E OS DOUTRINADORES PENAIS: QUEM O DIREITO DEVE TUTELAR?

Este segundo capítulo apresenta a forma como as mulheres são retratadas nas Doutrinas Penais, fonte central desta pesquisa, na segunda metade do século XX. Através dele é possível perceber que a construção do pensamento jurídico-penal traçou categorizações de mulheres e, se valendo de estereótipias, definiu que a tutela penal não abarca todas elas.

Aqui cabe destacar que ao longo da análise das doutrinas foi possível perceber que são as obras de Néelson Hungria (1947)¹¹ e de Edgard Magalhães Noronha (1995)¹² que travaram um maior debate a respeito das discussões que envolvem o tema dos Crimes Contra os Costumes e, até mesmo por isso, sendo muitas vezes usadas como referências nas outras três doutrinas aqui analisadas.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que mesmo existindo um considerável lapso temporal que separa a obra de Néelson Hungria, 1947, e a primeira edição da obra de Magalhães Noronha, 1959¹³, das demais edições aqui analisadas, é possível perceber que as definições e interpretações dadas ao texto legal seguem linhas interpretativas muito próximas. Seja valendo-se da literalidade das definições de Hungria e Noronha ou fazendo uma releitura que não altera substancialmente a estereótipia apresentada pelos referidos autores, tem-se nos dados apresentados a seguir uma construção das mulheres que se mostra forte ao ponto de permanecer no texto doutrinário por mais de meio século.

¹¹ Vale lembrar que a obra completa é de autoria de Néelson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, no entanto a análise dos Crimes Contra os Costumes (objeto de estudo desse trabalho) é realizada exclusivamente por Néelson Hungria.

¹² É importante destacar que embora a edição analisada neste trabalho seja a publicada em 1995, a primeira edição da obra foi publicada em 1959. É fundamental pontuar também que com o falecimento de Magalhães Noronha em 1982, sua obra passou a ser atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Contudo, a editora fez questão de deixar explícito na obra que a tarefa de atualização “foi desenvolvida de forma a manter intactas as características da obra, responsáveis pela ímpar preferência que lhe dedicam professores, estudantes, advogados, juízes e promotores públicos e cujos anseios em relação a ela, estamos certos, ficam, assim, plenamente atendidos (NORONHA, 1995).

¹³ É importante pontuar que em 1943 Magalhães Noronha já fazia comentários sobre os crimes contra os costumes em sua obra intitulada “Crimes contra os costumes (Comentários aos arts. 213 a 226, e 108 n.º. VIII do Código Penal)” (NORONHA, 1995).

2.1 PUDOR E A MORAL PÚBLICA

Começando a análise das cinco doutrinas, é possível perceber que duas delas iniciam sua discussão dos crimes contra os costumes a partir de um ponto comum e que, para os doutrinadores, é central na discussão de tais crimes, qual seja: o instinto sexual natural e o surgimento do pudor como mecanismo de controle.

É desde este ponto introdutório da discussão que a mulher vai começar a ser apresentada nas doutrinas de Néelson Hungria e Edgard Magalhães Noronha. Antes mesmo de ser apresentada a partir do que é disposto pela legislação, na obra desses dois autores a mulher figurou como ponto central do surgimento e propagação do pudor na sociedade. É ela que vai ser a força motriz dos rumos que o pudor vai tomar dentro de toda esfera social.

Néelson Hungria começa sua abordagem pontuando que não cabe mais ao Direito Penal se informar da Moral Religiosa, segundo o autor, o direito penal no Estado Agnóstico lança mão à Ética Sexual, mas apenas reprime as condutas que fogem da normalidade do intercurso dos sexos e que, dessa forma, acabam por lesionar “positivos interesses do indivíduo, da família, e da comunhão civil, como sejam o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-social, a moral pública sob o ponto de vista sexual” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.80). E é partindo da concepção desses interesses a serem protegidos, que o autor vai trazer a importância do pudor dentro dessa esfera de controle, ele vai dizer que

De todos estes meios de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social, ressaí o pudor, que se pode dizer a essência dos demais constituindo o principal objeto de proteção das normas jurídicas relativas à atividade genésica. O pudor é o *moderator cupiditatis*, é o corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros. Como diz GUIAU, o pudor civilizou o amor. É uma vitória da cultura, no sentido da racionalização dessa força da natureza que é o amor (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.80).

Nessa mesma esteira caminha Magalhães Noronha. Embora faça questão de começar sua obra enfatizando que o instinto de reprodução que domina o homem e que vislumbra a perpetuação da espécie, é um instinto de inegável grandeza, pois “por ele, o homem feito à imagem e semelhança de Deus, d’Ele se aproxima, pois de criatura passa a Criador” (NORONHA, 1995, p.92), o autor vai trazer que com o passar

do tempo esse instinto foi sendo controlado, primeiramente com o amor e posteriormente com o pudor.

Nessa relação entre amor e pudor, Noronha vai dizer que no princípio a reprodução se dava na forma brutal do instinto e que foi o amor o responsável por realizar o enobrecimento de tal força instintiva. No entanto, esse amor ainda era insuficiente para disciplinar o sexo e nesse ponto “foi o pudor o elemento mais poderoso com que a disciplina do instinto sexual contou” (NORONHA, 1995, p.92).

É nesse momento que a mulher se torna figura chave para ambos os doutrinadores. É a mulher que vai trazer as primeiras manifestações de pudor para a sociedade.

Magalhães Noronha vai dizer que o pudor “manifestou-se, ao que tudo indica, quando a mulher ocultou, voluntária ou forçadamente, suas partes pudendas” (NORONHA, 1995, p.92).

Por mais que aponte que o pudor também pode ter seu nascimento no instinto de propriedade do homem que, por ser mais forte que a mulher, a obrigou a ocultar partes do corpo, para que outros não a desejassem, Noronha vai dizer que isso por si só não teria sido suficiente (NORONHA, 1995, p. 92). E ao apontar outras circunstâncias que levaram a esse pudor ele vai trazer que

Assim, a mulher teria se coberto, num gesto primitivo e animal, para evitar o coito quando ainda não tinha atingido a fase de procriação, na qual começa a desejar o homem; o receio de suscitar repugnância pelas excreções: o temor da influência misteriosa do fenômeno sexual, e as cerimônias e ritos celebrados primeiramente por esse temor e depois transformados em normas de decoro, que protegem o pudor; e o desenvolvimento da indumentária e dos adornos que, ao mesmo tempo em que salvaguarda o pudor e reprimem o desejo masculino, alimentam o sentimento de garridice da mulher que o excita (NORONHA, 1995, p.93).

E o mesmo entendimento vamos ver retratado na doutrina de Néelson Hungria, que traz o pudor como um recurso primitivamente utilizado pela mulher para não sucumbir a uma *ingrata vis*, se fazendo assim pudica para ceder somente ao homem preferido, e, por isso, tendo antecedido à própria iniciativa da indumentária para ocultação das partes genitais (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 83).

Na mesma esteira da obra de Magalhães Noronha, Hungria vai apontar outros fatores que contribuíram com o surgimento do pudor, quais sejam

Os outros fatores teriam sido os seguintes: o gesto animal primitivo por parte da fêmea, quando não se acha no período do cio; o receio de causar um desgosto, receio originalmente devido à proximidade entre as partes sexuais e os desagradáveis lugares de excreção; o receio da influência mágica dos fenômenos sexuais e a proibição *tabu* relativa ao sexo da mulher, por ocasião das regras; a concepção da mulher como propriedade do homem: se a castidade de uma mulher pertence a certo homem, é necessário que ela seja pudica, para não tentar outros homens; o uso do vestuário (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 83).

Dessa forma, para os autores, a mulher e o surgimento do pudor estão intimamente interligados, seja por necessidade, receio ou obrigação. E observando a obra “Dos Crimes Sexuais” de Chrysolito de Gusmão (2001), que teve sua 1ª edição em 1921 e que é frequentemente citada pelos dois doutrinadores, vamos perceber a mulher sendo colocada como principal favorecida pelo advento do pudor na sociedade. Ele vai trazer que

(...) o pudor continuou a servir os interesses da própria mulher que, com notável vantagem para si, logrou consagrar a maiores e mais intensos intervalos os desejos do esposo, “subministrando-lhe o néctar com mãos parcas”. Assim se iniciou e continuou a evolução do pudor, de modo que, através da civilização, foi se mesclando com o grande arsenal das idéias e sentimentos individuais e sociais, de modo a assumir novas e variadíssimas formas no tempo e no espaço, mas sem alterar, fundamentalmente, as originárias e recíprocas funções e relações.

(...) se encararmos o pudor mesmo em sua evolução filogenética e no ponto de vista social, assim ele será sempre a idéia-força que tem por escopo a defesa própria, aspecto esse que assume uma maior importância encarado com relação à mulher, pois nesta, na bela frase do filósofo HELVÉCIO, o pudor põe nas mãos da beleza o cetro que governa a força (GUSMÃO, 2001, p.68).

Dessa forma, ela conseguiria conter os avanços do macho, ao mesmo tempo que lhe excitava os desejos, pois ocultando-se ela forneceria alimento à curiosidade e ao desejo e com o seu velamento, o corpo feminino passava a adquirir um envolvente prestígio de mistério (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 83).

A partir desse movimento feito pelas mulheres, sua conduta pudica foi levando à disseminação do pudor, sendo assim, um sentimento de defesa atual e futura, real e eventual, que se concretizou na mulher e se refletiu no homem (GUSMÃO, 2001, p.67). E a partir disso, o pudor tornou-se um sentimento não apenas do indivíduo, mas da coletividade, ditando as normas a serem obedecidas em nome da moral e dos costumes (NORONHA, 1995, p.93).

Contudo, depois de traçar a imagem da mulher pudica que com seu gesto e decência foi capaz de impulsionar o controle dos instintos sexuais masculinos por meio do pudor, daquela mulher que se tornou a grande responsável pelo equilíbrio sexual e manutenção da ordem sexual social que guiaria a moral social e a ordem familiar, os autores passam a lamentar a figura de um outro tipo mulher: a mulher responsável pela decadência do pudor.

Nélson Hungria (1947, p.84) vai dizer que, desgraçadamente, naquele momento verificava-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias e aponta sua conseqüente perda de prestígio em decorrência disto.

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e boutades picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca...

Dada essa frouxidão de pudicícia, abre-se a porta à corrupção, e cada vez maior é a frequência das infelicidades sexuais (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 85).

Segundo o doutrinador, “desapercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio retaco. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...]” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 84).

Dessa forma, essa nova figura de mulher não só contribui para a crise da moralidade pública, mas ela também é responsável por se colocar em risco, uma vez que o recato é aqui colocado como sua melhor forma de defesa.

E nesse mesmo caminho segue Magalhães Noronha, que também vai trazer a figura da prostituição, questão que ao longo de sua obra vai sempre ganhar destaque. Segundo o autor:

Outro mal que se opõe é a prostituição. Velho tema sempre aberto à considerações dos povos. Não iremos discorrer-la, não lhe apontaremos as origens, não diremos das épocas de afinidade com a religião, não insistiremos no demonstrar as tentativas para extingui-la, nem acentuaremos o

reconhecimento tácito da sua necessidade até por doutores da Igreja. Tudo isso é por demais conhecido (NORONHA, 1995, p.93).

Para Noronha, a corrupção, no sentido estrito de sexual, é um mal que se opõe à moral e à finalidade biológica, uma vez que constitui um desvio das relações normais praticadas pela generalidade dos indivíduos, chocando-se assim com o pudor, que lhe é adverso (NORONHA, 1995, p.93).

É dentro desse contexto que o autor traz a figura do “pudor público” e da “moralidade pública” como bens a serem tutelados pelo Estado. O “pudor público” que difere do pudor individual, “já que se refere à vida em público, a qual está condicionada a exigências próprias e que requer do indivíduo a observância de um comportamento que não necessitaria ter se vivesse isoladamente” (NORONHA, 1995, p.94). Segundo o autor a “moralidade pública”:

Conjunto de normas que ditam o comportamento a ser observado nos domínios da sexualidade. Primeiramente, surgem como princípios de ordem ética, para depois se tornarem jurídicos. Impedem aquelas manifestações que constituem desvio ou aberração da função sexual normal, quer sob o ponto de vista biológico, quer sob o social (NORONHA, 1995, p.94).

Dentro dessa abordagem sobre a moral Chrysolito de Gusmão também vai trazer que a moral sexual é a base, o *substractum* de todo o edifício da moral, sendo a sua viga-mestra, se diluindo e mesclando, invadindo e influenciando, mais ou menos direta ou indiretamente, em forma inicialmente propulsora ou reflexa, todos os mais campos da moral social (GUSMÃO, 2001, p.61).

E é dentro desse cenário de controle que a sanção penal se apresentará, destinando-se, nas palavras de Magalhães Noronha,

Exclusivamente àqueles atos que transgridem o mínimo ético, exigido do indivíduo em sua vida de relação. Preocupa-se a lei, em regra, com os fatos atentatórios da liberdade sexual e da maturidade, com os da degeneração do instinto, da corrupção, da estabilidade e organização da família e do pudor público (NORONHA, 1995, p.94).

A partir disso, o autor vai dizer que quando o legislador se propõe a criminalizar as condutas que violam os costumes, o termo “costumes” dever ser entendido enquanto “a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências

sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação” (NORONHA, 1995, p.96).

E, da mesma forma, Nélon Hungria vai apontar em sua obra que o referido termo utilizado pelo legislador foi

[...] empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais (HUNGRIA; LACERDA, 1947, P.95-96).

Dessa forma, não é por acaso que o caminho que os autores optam por seguir na construção de suas doutrinas é o de mostrar uma sucessão de eventos que vão seguir a tônica de causa-consequência, sendo também guiados pelas ditas necessidades humanas.

Segundo os autores (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.80; NORONHA, 1995, p.92) a natural necessidade de preservação da espécie, vem o “amor sexual”. Da exacerbação do “amor sexual”, vem a necessidade, por parte das fêmeas/mulheres, de se resguardar e controlar esse instinto dos machos/homens, surgindo e se desenvolvendo, dessa forma, o pudor (NORONHA, 1995, p.92-93).

Da “decadência do pudor”, com a “frouxidão da pudicícia das mulheres”, vem o aumento da criminalidade sexual, originária do hipersexualismo e das “perversões” ou “inversões do instinto”. Assim sendo, as mulheres renunciam a seu maior elemento de proteção, seu “recato” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.85).

Dessa forma, a mulher não chega ao centro da discussão por ter sido colocada enquanto sujeito passivo das condutas tipificadas pelo legislador. Segundo os autores, foram as mulheres as responsáveis “por disciplinar os instintos” e as mais favorecidas com tal feito (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.82; NORONHA, 1995, p.92-93). Também são elas as responsáveis pela “crise do pudor” e a consequente ampliação dos desvios sexuais (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.85).

Dessa forma, se por um lado a violação de algumas mulheres significa uma grande lesão aos costumes e merece a atenção do sistema de justiça criminal por macular a moral social como um todo; por outro, a violação de uma outra parcela de

mulheres até pode atentar contra suas liberdades individuais, mas não é suficiente para causar um impacto dentro da sociedade e violar da mesma maneira os ditos costumes, porque essa violação é uma consequência da frouxidão que seus atos proporcionam na sociedade. Assim sendo, a abordagem inicial tecida por Hungria e Noronha em suas doutrinas funciona como um primeiro alerta aos juristas que as tomam como base.

Se por um lado a mulher recatada precisa ser “protegida” para que a moral prática, o mínimo ético e a estabilidade e honra da instituição familiar sejam preservadas.

Por outro, é preciso estar alerta para o fato de que nem todas as mulheres seguem esse caminho moral do recato. Existe também aquelas que são as responsáveis pela crise do pudor, que com suas atitudes se colocam em risco e abrem as portas para os desvios sexuais.

É partindo dessa discussão que se analisará como a mulher é retratada pelos autores ao longo das tipificações legais nas cinco doutrinas definidas enquanto objeto desta pesquisa.

2.2 TODAS AS MULHERES? FAZENDO AS DISTINÇÕES QUE O LEGISLADOR NÃO FEZ

Anteriormente definido enquanto “estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, o crime de estupro, previsto no art. 268 do Código Penal de 1890, trazia expressamente uma diferença de tratamento no que diz respeito à violação cometida contra mulheres honestas e àquela cometida contra “mulher pública ou prostituta”. Enquanto o *caput* do referido artigo trazia a violação à mulher honesta, que seria punida com pena de prisão celular por um a quatro anos, o §1º do mesmo artigo vai dizer que “si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos”. Dessa forma, o próprio legislador do Código de 1890 já se encarregava de traçar um tratamento diferenciado para cada categoria de mulher.

No entanto, o Código de 1940 vai trazer uma mudança nesse tipo penal, dispondo no art. 213 que “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de três a oito anos”. Dessa forma, a legislação pátria coloca dentro da mesma esfera de tutela todas as categorias de mulheres, não mais fazendo uma diferenciação a partir do *quantum* de pena aplicada.

Essa mudança feita no texto legislativo, por sua vez, não foi bem recebida por parte da doutrina, que entendia que não havia cabimento tratar da mesma forma mulheres de comportamentos tão distintos, pois as violações por elas sofridas repercutiriam de forma diferente na sociedade.

Magalhães Noronha, por exemplo, expressa o seu inconformismo com tal questão, dizendo que:

Somos de 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 o 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.

A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia, arrastará por todo o sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido (NORONHA, 1995, p.105).

E, discordando da decisão do legislador, o autor vai colocar nas mãos do juiz a responsabilidade de fazer a valoração que ele acredita ser a adequada, dizendo que “compete ao juiz ter bem presente, em sua decisão, a gravidade de ambos os crimes, as conseqüências diferentes que acarretam, para diferentemente aplicar a pena” (NORONHA, 1995, p.106).

No mesmo sentido, Néelson Hungria também já apresenta no começo de sua obra a possibilidade de uma redução de pena, contudo, assim como ao longo de toda sua obra, ele deixa registrado que a lei não poderá deixar de ser aplicada.

É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da mulher paciente: se solteira, virgem ou não, se casada ou viúva, se velha ou moça (quando não maior de 14 anos, o estupro é presumido, art.224, letra a), honesta ou impudica, incorrupta ou devassa, monja ou prostituta. Nem mesmo a autêntica prostituta, isto é, a mulher que acede *au premier passant*,

despejada mercadora do amor [...], francamente entregue ao *exercitium vulgivagoe veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. [...] 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 aplica-la (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.115, grifos do autor).

Ao analisar o modo como os doutrinadores abordaram os crimes nos quais o legislador não fez distinção das categorias de mulheres (estupro e atentado violento ao pudor), é possível perceber que eles mesmos trataram de fazer as ponderações que viam como necessárias para uma aplicação razoável da lei, seja por meio do incentivo à redução de pena (quase como uma retomada à diferenciação que o legislador de 1890 fazia), ou deixando o julgador em constante alerta para a conduta das mulheres. Essa abordagem é feita tanto por Néelson Hungria, como por Magalhães Noronha antes mesmo de começar a análise dos crimes em espécie, como foi apresentado no tópico anterior.

Um destaque apresentado pelos doutrinadores é como as mulheres devem se portar no momento da suposta violação, existindo uma especial ênfase ao dissenso da vítima no momento da injusta agressão.

Damásio de Jesus (1999) vai trazer que o constrangimento praticado pelo sujeito ativo precisa vir acompanhado pelo dissenso da ofendida, uma vez que constranger significa obrigar/forçar.

É preciso que falta de consentimento da ofendida seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. Não basta, pois, as negativas tímidas (quando os gestos são de assentimento), nem a resistência passiva e inerte (JESUS, 1999, p.96).

Na mesma perspectiva Heleno Fragoso expressa a necessidade do militante dissenso da vítima, pontuando também a forma como a questão era percebida pelos praxistas. Segundo o autor:

(...) exige-se o franco, positivo e militante *dissenso da vítima*. Não há estupro sem que tenha havido violência (física ou moral) grave, exercida de modo a impossibilitar a resistência da vítima. Recorda MAAGGIORE que os praxistas, para reconhecer a violência carnal, exigiam que a resistência oposta pela ofendida fosse *séria* e *constante*. Séria, e não apenas para simular honestidade ou para expressar indecisão (*vis grata puellis*); constante, isto é, persistindo até o último momento, nunca se abandonando ela ao amplexo sexual (FRAGOSO, 1962, p.494).

Segundo ele, o entendimento da antiga jurisprudência era de que só haveria estupro caso a vítima tivesse gritado, mas que, por outro lado, a ameaça bastaria para configurar o crime, sendo exigido que esta tenha sido grave (FRAGOSO, 1962, p.495).

Por sua vez, Noronha apresenta as suas considerações quanto à oposição da vítima, ponderando que ela deve se dar de forma que não reste dúvidas de que se trata de um constrangimento e não de uma simulação de honestidade.

A par da violência do estuprador, exige a lei a resistência da vítima. É necessário seja ela *constrangida*, isto é, obrigada à conjunção carnal, pois a lei, tutelando sua liberdade sexual, impõe-lhe seja a primeira defensora dessa liberdade. Não há violência onde não existe resistência – “violência non dicitur ubi non intervenit resistentia”, diziam os práticos.

A oposição deve ser sincera, patenteando a vontade de a ofendida furtar-se ao gozo do estuprador. Simples relutância, mera negativa não podem constituir a resistência querida pela lei. Seriam antes, como diz Manzini, uma “fiacca opposizione dell’último pudore che sfuma”, ou, como escreve Carrara, dar-se-ia o caso em que a mulher “opponendosi com la você, si prestava col corpo”. O eminente autor, fundando-se nos práticos, escreve que a resistência da mulher deve ser *séria* e *constante*. Séria, isto é, sincera, e não apenas simulação de honestidade, e constante, ou seja, mantida até “all’ultimo momento” (NORONHA, 1995, p.112, grifos do autor).

Contudo, o autor faz questão de ponderar os limites dessa resistência por parte da vítima. Ele diz

A lei, entretanto, não pode exigir que a ofendida vá ao extremo da resistência, até o risco da própria vida. Seria impor que fosse mártir da sua virtude. Exige que a resistência seja sincera, mas não requer se prolongue até o instante do desfalecimento ou do trauma psíquico. É mister considerar outrossim que a agressão produz geralmente, na vítima, medo de mal maior. Uma tímida e fraca donzela, em lugar ermo, após debater-se e lutar com o ofensor, pode, ainda com forças para resistir, aterrar-se ante sua disposição e entregar-se por temer perder a vida. Neste caso, ninguém certamente afirmará tratar-se de coito lícito e não ter sido ela estuprada. O que se requer é tenha o agente feito o preciso para anular a oposição da mulher (NORONHA, 1995, p.112).

Seguindo na análise da violência, o autor também vai dizer como o julgador deve agir diante dos casos de estupro para chegar a uma conclusão quanto à existência ou não da violência. Ele vai dizer que

O que o juiz deve fazer é o estudo completo dos personagens, atentar às condições do meio, onde o fato se passou, examinar os pormenores relatados pelos sujeitos do delito; enfim, fazer uma apreciação integral do crime e de seus personagens, até chegar à conclusão de que a força empregada pelo

réu não foi a *vis grata puellis* de que nos fala Ovídio, sem pretender, entretanto, houvesse a vítima oferecido resistência de heroína novelesca, que não vacila em se oferecer em holocausto à própria honra (...) (NORONHA, 1995, p.113).

E depois de falar dessa análise por parte do juiz ele volta a comentar sobre as ações da ofendida e indica a forma como ela deveria agir depois da ofensa.

A atitude da ofendida (Lei n. 7.209/84, art. 59), tanto quanto a do réu, deve merecer a atenção do julgador. Mesmo depois do crime, sua conduta revelará a ausência da vontade no fato criminoso.

Ímpeto primeiro da mulher que se sente roubada na honra e no pudor é, se não provocar alarma, afastar-se, pelo menos, de quem a estuprou, de quem a fez viver momentos indescritíveis de vergonha, humilhação e opróbrio. Se, ao contrário, nenhuma revolta acusa, se uma indignação e dor profundas não se manifestam, dúvidas sérias haverá para se crer na violência alegada (NORONHA, 1995, p.113).

Dessa forma, vemos que os doutrinadores entendem que a mulher tem o direito de ter sua liberdade sexual protegida (mesmo que em nome da honra social e familiar e não necessariamente dela enquanto indivíduo), no entanto, para que isso ocorra, eles fazem questão de evidenciar que é necessária uma atuação que não deixe nenhuma dúvida quanto ao seu zelo pelo pudor e pela moral sexual-social.

A cada passo que os autores dão no sentido de expor a “proteção” que o legislador concedeu às mulheres, eles também fazem o movimento de explicitar os cuidados que devem ser tomados no momento de aplicação da norma, o cuidado que se deve ter para que aquelas mulheres que não merecem a tutela do Estado não a receba indevidamente.

Nesse sentido, Magalhães Noronha:

A defesa dos interesses sociais exige atenção à pessoa da vítima. Com regras apriorísticas só se poderá facilitar a impunidade. Aquilo que para mulher de ânimo forte não será ameaça grave e séria, para outra, tímida e sugestível, poderá constituir grave coação, capaz de leva-la ao fim querido pelo sujeito ativo. Em suma: o que se deve exigir é a apreciação da idoneidade da ameaça em relação à pessoa ofendida, tendo-se em consideração sua idade, instrução, condição social, temperamento etc (NORONHA, 1995,p.114).

É como se os doutrinadores alertassem durante todo o tempo ao operador do Direito com relação aos desvios da finalidade de proteção que podem vir a ocorrer.

Não basta saber que as mulheres são o sujeito passivo do crime de estupro, é fundamental saber também que, embora o legislador tenha feito o movimento de abrir o leque de proteção para todas as mulheres, nem todas elas merecem receber tal proteção.

Há aquelas mulheres que tiveram sua honra e de sua família violadas pelo desvio criminoso e que precisam de uma atuação do sistema punitivo para que esse valor social seja restituído. Mas também há aquelas que vão tentar ludibriar o sistema dizendo ser vítimas de uma conduta da qual ela deu causa ou, pelo menos, a qual não tentou evitar; ou aquelas que, pela sua conduta social, não merecem o mesmo nível de proteção que as mulheres honradas.

E dentro desse movimento de tentar alertar o jurista quanto às tentativas de ludibriar o sistema por parte daquelas mulheres que não foram verdadeiramente violadas ou que a violação não é aceitável, outro ponto que ganha destaque é a questão da prova do estupro.

Julio Mirabete vai apontar que tratando-se de mulher adulta, dotada de suficiente força para oferecer resistência ou de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência, sendo necessário que exista credibilidade na palavra da ofendida (MIRABETE, 1991, p.420-421)

Hungria, por sua vez, vai dizer que embora o estupro seja um crime que geralmente acontece sem a presença de testemunhas, não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa, principalmente se esta não apresenta vestígios da alegada violência (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.117).

Ele alerta que as informações recebidas devem passar por uma "crítica rigorosa" apontando para a possibilidade de "existência de acusações falsas". Ocasão na qual ele diz 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 ou neuropáticas" (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.118).

E dentro dessa discussão da prova no crime de estupro o autor coloca em dúvida tanto as alegações das mulheres que não apresentam lesões corporais, ao dizer que

Quando a queixosa, isenta de qualquer lesão corporal, afirma ter sido violentada por um só agente, suas declarações devem ser recebidas com a máxima reserva ou desconfiança. Como já assinalamos, o êxito da violência física com unidade de agente não é crível ou, pelo menos, *rarissime accidit* (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.117).

Quanto as alegações daquelas que chegam ao sistema de justiça criminal apresentando lesões, ocasião na qual alerta o autor

Cumprido, entretanto, precatar-se contra a *simulação* (não infrequente para apoiar acusações de estupro). Algumas vezes (como demonstra a experiência), a pretensa vítima (levada por espírito de vingança ou por *chantagem*) produz em si mesma equimoses por meio de sucção com a boca; outras vezes, obtém-nas esfregando a pele com uma lâmina de chumbo ou um colorante, etc. Há ainda as chamadas *equimoses espontâneas* (sobretudo nas históricas). Pode acontecer, além disso, que as lesões tenham resultado de violência *post coitum*, em razão, por exemplo, de uma briga de ciúmes entre acusado e vítima (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.119).

Desse modo, o autor conduz sua explanação sempre voltando para o ponto de questionamento da real ocorrência de um injusto penal. Tem-se uma abordagem que embora fale da necessidade de proteção das mulheres, como forma de preservar a moral social, não perde de vista as imagens de mulheres que fogem ao padrão de recato e honestidade que o sistema de justiça exige em troca de sua “proteção”.

Dentro de todas essas ponderações que os doutrinadores vão fazendo em torno da mulher e do seu enquadramento enquanto uma verdadeira vítima da injusta agressão, ganha lugar até mesmo a discussão da possibilidade ou não de um único homem conseguir manter cópula carnal com uma mulher adulta e sã.

Sendo o doutrinador de posicionamento mais extremo quando a esse ponto de discussão, Néelson Hungria vai dizer que

É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga. [...] Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos. Em tais casos, porém, a possibilidade do coito decorre da natural ou superveniente incapacidade de qualquer reação. De modo geral, pode afirmar-se que um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possui-la sexualmente (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 113-114).

Enquanto Hungria acreditava ser impossível, Noronha, por sua vez, não acredita na impossibilidade, mas coloca a situação em um ponto extremo, como sendo de difícil concretização.

Convenhamos que os casos da mulher ser dominada exclusivamente pela força são raríssimos, porém não inadmissíveis. Os anais forenses registram casos de violência real. Uma grande, uma enorme desproporção de forças pode tornar possível o coito. Um pugilista, um lutador ou um homem de excepcional vigor físico, atirando-se contra uma débil rapariga, não terá pela frente uma empresa irrealizável... A resistência da mulher, a princípio, poderá frustrar o intento, mas breve, na luta contra o colosso, virá a exaustão, a perda das forças e com ela a vitória do sátiro (NORONHA, 1995, p.111).

E Damásio vai inicialmente afirmar que se trata de uma hipótese aceitável, mas ao longo de sua explanação não deixa de analisar as condições pessoais dos envolvidos no caso concreto.

Em geral, se argumenta com a necessidade de reduzir a vítima à incapacidade de resistir, o que seria difícil para a prática do ato sexual normal. Entendemos que a hipótese é aceitável. Na análise de casos concretos dever-se-á apreciar as condições pessoais de estuprador e vítima para se saber se o primeiro teria condições de dominar a segunda apenas com o emprego de força física. A possibilidade, pois, não pode ser excluída abstratamente (JESUS, 1999, p.97).

Por fim, os doutrinadores analisados abordam especificamente a questão que diz respeito à possibilidade de o marido praticar ou não o crime de estupro contra sua esposa. As mulheres passam a ser analisadas a partir de um olhar que não discute apenas a violação de sua liberdade sexual, mas que traz para a discussão, principalmente, suas obrigações na condição de esposa. E nessa situação é possível perceber que não há um consenso entre os doutrinadores.

Para Heleno Fragoso “o marido não pode ser sujeito ativo deste crime, em relação à esposa”, (1962, p.493) e assim não tece maiores considerações para justificar o seu posicionamento.

Nélson Hungria (1947) e Magalhães Noronha (1995), assim como Fragoso, em linhas gerais também entendem não ser possível a configuração do crime de estupro quando trata-se da relação entre marido e esposa.

Hungria (1947) vai justificar seu posicionamento dizendo que

O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. (...) O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (art. 19, n.º III). (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.115 -116, grifo do autor)

E Noronha (1995), não afastando-se muito do que é dito por Hungria, justifica sua posição apontando que

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem 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 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, 1995, p.103-104)

Destaca-se ainda que Hungria apresenta uma hipótese em que a recusa da mulher se dá pelo fato de o marido está acometido de moléstia venérea, entendendo que ao invés de exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal, fazendo menção ao art. 130 do Código Penal que versa sobre o crime de “perigo de contágio venéreo” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.116).

Já Magalhães Noronha vai dizer que

O marido, como tem deveres, também tem direitos no matrimônio, e entre estes se alinha o de relações sexuais com a esposa. Mas esse direito, como qualquer outro, tem limite, o qual transposto fará com que ele se degenera em desmando e abuso. O coito normal, lícito entre esposos, pode assim, tornar-se ilícito, quando a ele se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante. (NORONHA, 1995, p.104)

Embora no seu texto apresente apenas o exemplo do caso de marido acometido por moléstia venérea, ao apontar como exceções à licitude “poderosas razões morais” e “um direito relevante” o autor deixa margem para a possibilidade de outras situações excepcionais.

Por outro lado, Damásio de Jesus (1999) e Julio Mirabete (1991) vão se opor ao posicionamento de Fragoso (1862), Hungria (1947) e Noronha (1995).

Damásio traz inicialmente alguns dos posicionamentos e argumentos utilizados por autores que tratam da temática, em seguida apresenta sua posição dizendo que

O marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência física ou moral que caracteriza o delito de estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa. (JESUS, 1999, p.96)

É importante se atentar, entretanto, ao fato de que, apesar de partir de um posicionamento oposto ao apresentado por Hungria e Noronha, Damásio vai trazer em sua explanação um mesmo elemento condicionante para a validação da negatividade da mulher, qual seja, a “justa causa”. Dessa forma, mesmo partindo de um ponto distinto, o autor acaba chegando no mesmo ponto de desconsideração da autonomia da vontade da mulher e do respeito a sua liberdade sexual.

Assim como Damásio, Mirabete inicialmente vai apresentar os posicionamentos de outros autores, faz menção inclusive às ideias de Néelson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Fragoso. E em seguida, valendo-se do entendimento que tem Celso Delmanto, aponta sua posição ao dizer que

Ocorre estupro sempre que houver constrangimento do marido para a realização da conjunção carnal por constituir o fato abuso de direito. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. A evolução dos costumes, que determinou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, justifica essa posição. (MIRABETE, 1991, p.418-419)

Dos cinco doutrinadores aqui analisados, o único que vai considerar a violação da dignidade da mulher como fator que torna possível a consumação do estupro de marido contra esposa é Julio Mirabete (1991).

E aqui cabe pontuar também que, embora neste trabalho por vezes os posicionamentos sejam apresentados de forma que pode parecer que está visualizando-se uma linha evolutiva na mudança do pensamento doutrinário quanto à

uma dada questão, é fundamental não perder de vista as datas de publicação das obras. Tem-se, por exemplo, a obra de Magalhães Noronha que originalmente foi publicada em 1959, mas que na edição aqui analisada, 1995¹⁴, ainda traz o mesmo posicionamento apresentado pela edição de 1947 da obra de Nélson Hungria. Mostra-se, dessa forma, que o tempo não necessariamente foi capaz de mudar a linha interpretativa apresentada pelos doutrinadores.

2.3 A MORAL MÉDIA EM QUESTÃO

Juntamente com a análise do comportamento da vítima, os doutrinadores também trazem para a abordagem dos crimes contra os costumes a ideia de moral média. Abordada principalmente no momento que os doutrinadores passam a discutir as questões que envolvem o crime de atentado violento ao pudor (art.214, CP), os autores vão apontar a necessidade de se analisar se as condutas que levaram à queixa realmente chegaram a violar a moral média da sociedade, se eram condutas passíveis de reprovação aos olhos do homem médio.

Dessa forma, reaparece para os doutrinadores a necessidade de pontuar em que consiste o pudor, apontando o significado ao qual o legislador se refere no código de 1940. Nas palavras de Magalhães Noronha:

É o pudor o inspirador dos bons costumes, das regras de conduta, de respeito ao próximo e harmonia social.

Sob o ponto de vista em que, neste artigo, é protegido, define-o Manfredini como “o atributo, específico nas relações sexuais do homem normal, tendente a fazer observar a exigência da maturidade na função e da idoneidade no exercício, com proteção da exclusividade monogâmica do amor” (NORONHA, 1995, p.119).

E, uma vez que o legislador vai definir o atentado violento ao pudor como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que

¹⁴ É importante destacar que a obra continuou sendo publicada até o presente século, mas os posicionamentos por ela apresentados foram escritos em um outro momento. Dessa forma, tanto a reprodução da obra pela editora, quanto dos posicionamentos presentes nela, por autores da atualidade, representam uma reafirmação do pensamento jurídico-penal desenvolvido por Noronha até o início da década de 1980.

com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, as doutrinas também vão apontar quem é passível de ser vítima de tais crimes. Néelson Hungria vai dizer que “tanto quanto uma pessoa adulta, normal e honesta, pode ser sujeito passivo do atentado violento ao pudor o *infans*, o louco, o idiota, o pederasta passivo habitual, a mais despudorada rameira” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.123). E aponta a motivação para a tutela até mesmo da mulher vista como despudorada ele diz que

A própria meretriz pode ser sujeito passivo do crime de que se trata. Ainda mesmo a marafona a que não reste a mais leve sombra de vergonha pode negar-se, por qualquer motivo, à libidinagem de outrem. Sua liberdade sexual, como a de qualquer outra pessoa, deve ser respeitada, e o violá-la, empregando violência, constitui o crime do art. 214 (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.131).

E no mesmo sentido Damásio vai apontar que “apesar de vender o próprio corpo, a meretriz não perde o direito de praticar somente os atos que quiser, não podendo ser forçada a fazer algo que contrarie sua vontade” (JESUS, 1999, p.102).

Como no Código de 1890 já havia a previsão de que qualquer pessoa poderia ser vítima dessa conduta, não há uma maior inquietação por parte dos doutrinadores com o fato de tanto a meretriz, quanto a mulher de reputação ilibada estarem, na letra da lei, ocupando essa mesma esfera de proteção. Contudo, não é deixada de lado a abordagem que já vinha sendo construída em suas obras. A mulher e suas condutas seguem sendo o ponto central da análise dos autores¹⁵ e agora ganham expressamente a averiguação a partir da média social, uma vez que, segundo Damásio (1999, p.102), “objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual”.

E na mesma linha interpretativa, segue Hungria:

Além de ser objetivamente atentatório ao pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia. Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão de luxúria, deixará de ter cunho *libidinoso*. Não pode existir *ato libidinoso* sem *libidinosidade* (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.122-123, grifos do autor).

¹⁵ Embora os homens façam parte do rol de possíveis sujeitos passivos do crime de atentado violento ao pudor, em nenhum momento ao longo de suas obras os doutrinadores fazem algum tipo de alerta quanto à possibilidade de falsidade nas declarações destes homens, nem adverte quanto aos seus comportamentos frente à conduta supostamente desviante da qual eles estão sendo vítima, diferentemente do que é feito quando os autores estão falando das mulheres enquanto vítimas.

É possível notar, juntamente com a discussão da existência ou não do ato libidinoso ganha força dentro das doutrinas a figura do “sentimento médio de moralidade sexual”. Nesse tópico, a abordagem dos autores vai sempre passar pela ideia de “médica social”, deixando, dessa forma, a interpretação da conduta ainda mais aberta, tendo em vista que essa “médica”, que é expressamente levada em consideração, é um conceito aberto que vai ter como base as concepções de mundo de cada um que aplique o Direito (e na Doutrina de Magalhães Noronha esse olhar moralizante do julgador é incentivado de forma ainda mais explícita).

Seguindo essa mesma lógica de “médica social”, Néilson Hungria (1947, p.123) vai dizer que para violar a lei “é suficiente que o ato libidinoso seja ofensivo ao pudor do *homo medius* (critério objetivo)”. Ideia essa que será corroborada por Damásio de Jesus (1999, p.101) quando diz que “não há necessidade de que a vítima compreenda o caráter libidinoso do ato praticado. Basta que ofenda o pudor médio e tenha conotação sexual para que se constitua delito”.

Com base nessa interpretação, Hungria (1947, p.123) vai trazer que “um ato não deixará de ser libidinoso porque a vítima não compreendeu como tal, do mesmo modo que um ato inocente (ou não atentatório do pudor médio) não deixará de o ser porque a vítima lhe haja emprestado cor de lascívia”. E acrescenta que “a impudicícia deve ser patente, inequívoca, não confundível com gestos que, segundo *id quod plerumque accidit*, são sexualmente neutros ou, pelo menos, não colidem com a moral sexual média” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.125). Deixa, o doutrinador, a total critério do julgador ponderar até que ponto a conduta é uma violação ou não.

E é compartilhando das mesmas percepções que os demais doutrinadores trazem em suas obras que Magalhães Noronha, assim como faz ao longo de toda sua doutrina, mais uma vez vai trazer um alerta de como o juiz deve se atentar à figura da vítima para que consiga identificar se realmente houve ou não a violação. Nesse caso ela vai dizer que

Como em todo crime, a pessoa da vítima deve merecer acurada atenção do juiz. O sexo, a educação, a conduta moral têm de ser sempre apreciados, uma vez que a gravidade do ato varia consoante essas e outras circunstâncias. Um ato imoral praticado entre pessoas de sexo diferente,

constituindo atentado ao pudor, pode não assumir esse caráter se os protagonistas forem do mesmo sexo.

O ato que lesa o pudor, ou a disponibilidade carnal de uma senhora de acentuado recato pode não assumir a gravidade necessária para caracterizar o delito, se a mulher for prostituta. Não por não haver atentado violento ao pudor contra meretriz. Por ter vida licenciosa, não se pode firmar que toda rameira é destituída de qualquer dose de vergonha, a ponto de não poder ser ofendida. Por outro lado, por comerciar com o corpo, não se segue ela o aliene de modo que não seja livre em sua disposição, não merecendo o amparo da lei. Esta não permite dúvidas sobre a possibilidade de a decaída ser sujeito passivo do crime, por isso que a vítima, segundo seus dizeres, é *alguém*. (NORONHA, 1995, p.122-123)

Dessa forma, na medida em que o código aparentemente abre o leque de possibilidades no que diz respeito a quem pode ser vítima dos desvios, a doutrina vai se encarregar de dar contornos interpretativos aos elementos constitutivos do tipo penal e acender os alertas que julgar convenientes, fechando ou restringindo as portas do sistema de justiça criminal nos casos que não forem vistos enquanto violadores da “moral média” da sociedade.

E assim sendo, quando se analisa a construção feita pelas doutrinas aqui analisadas, é possível perceber que os doutrinadores já se encarregaram de demarcar bem os cuidados que devem ser tomados com as mulheres, quando sujeito ativo dos crimes contra os costumes, mostrando que a legislação vai tutelá-las, mas que também é preciso ficar atento àquelas que não se preservam e que não zelam pelo “recato” e pelo “pudor”, pois a essas o sistema penal não se encarregará de “proteger”. E agora eles trazem mais uma camada interpretativa, que é a da “média social” (“sentimento médio de moralidade sexual”, “pudor médio”, “*homo médios*”, “pudicícia média”, etc.), que vai ser o parâmetro de avaliação no que diz respeito à violação ou não do “pudor social”, acarretando, com isso, a validação ou não da denúncia de violação. (HUNGRIA; LACERDA, 1947; NORONHA, 1995; JESUS, 1999)

Dessa forma, a cada passo que os doutrinadores dão em suas análises é como se eles estivessem se encarregando de fechar um cerco ao redor das mulheres para que a classificação delas esteja sempre presente no olhar do julgador, independentemente, assim, se o legislador vai fazer uma diferenciação expressa na lei. Cabe ao julgador ter sempre em mente que existe diferentes categorias de mulheres. Se por um lado para preservar a moral pública é necessário que se resguarde a mulher de acentuado recato, aquela que, como nos primórdios, é responsável por manter o equilíbrio do

pudor; por outro, é fundamental se atentar àquelas mulheres que, como boas aprendizes de Eva, são as culpadas pela decadência do pudor e que, por isso mesmo, não são dignas do mesmo tratamento que as demais.¹⁶

2.4 A MULHER HONESTA EXPRESSAMENTE TUTELADA PELO LEGISLADOR E DELIMITADA PELA DOCTRINA

Se em um primeiro momento o legislador de 1940 pareceu mais benevolente ao tirar a diferenciação entre os tipos de mulheres no crime de estupro, causando assim um grande desconforto nos doutrinadores, seguindo com a análise dos crimes contra os costumes vamos perceber que a figura da mulher honesta não vai sair por completo da expressa letra da lei.

Para além da manutenção da categoria de mulher honesta no Capítulo III do Título VI, que versa sobre o Rapto, o Código de 1940 vai trazer em seu bojo a figura da Fraude, adicionando assim aos crimes contra os costumes dois novos tipos penais que têm como possível vítima a “mulher honesta”: posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216).

Enquanto nos tipos penais anteriormente analisados a honestidade da vítima não era formalmente um elemento que constituía a tipificação penal, agora ela passa a ser. Néelson Hungria em sua doutrina vai justificar essa decisão do legislador dizendo que

A proteção penal da liberdade sexual contra a fraude deixa de beneficiar a mulher desonesta, não porque esta haja decaído do direito de livre disposição do próprio corpo (pois, de outro modo, não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso, o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. O legislador, aqui, absteve-se, como o pretor romano, de cuidar de *minimisi*. (HUNGRIA; LACERDA, 1947, P.139)

¹⁶ Sobre a imagem de Eva e o Sistema de Justiça Criminal conferir o trabalho de Lola Aniyar de Castro “El pecado de Eva. Un castigo con exceso de equipaje: Las mujeres infractoras”, que traz um diálogo entre a figura de Eva, primeira pessoa a infringir a lei de acordo com a Bíblia, e as mulheres infratoras. A autora vai mostrar como a construção social do estereótipo de mulher e a atuação seletiva do sistema punitivo estão intimamente ligadas, apontando que é a violação das normas socio-religiosas o fator determinante para a reação social que leva as mulheres para o cárcere (CASTRO, 2003).

Entendendo a fraude enquanto “a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.140), Hungria vai afirmando que a liberdade sexual é atacada não apenas quando a conjunção carnal vem do advento de uma violência física ou moral, mas também quando a vontade da pessoa é iludida, não podendo ser considerada um consentimento.

Ele vai nos dizer que

Ao invés do ataque brutal, que reduz a vontade contrária, a fraude, com sua *faccia d'uomo giusto*, previne ou contorna o dissenso da vítima, induzindo-a a erro, fazendo-a supor uma situação que, se realmente ocorresse, não suscitaria a sua repulsa. [...] A violência é um resíduo de primitivismo, é o chocante arbítrio da força; enquanto a fraude é um jogo de inteligência e astúcia, infenso à grosseria despótica ou ao derrame de sangue. (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.138)

E depois de definir em que consiste a fraude, Nélon Hungria vai também conceituar quem é a mulher honesta, definição essa que será replicada nas doutrinas de Heleno Fragoso (1962, p.500) e Julio Mirabete (1991, p.427). Hungria vai dizer:

A vítima deve ser *mulher honesta*, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher *fácil*, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecúnia accepta*). (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.139).

E Heleno Fragoso complementa a definição de Hungria apontando que

O conceito de mulher honesta envolve, assim, um juízo de valor, sendo, pois, um *elemento normativo do tipo*, a ser estabelecido pelo juiz, de conformidade com os padrões vigentes em determinado meio e revelados pelo costume. (FRAGOSO, 1962, p.501)

Magalhães Noronha, por sua vez, vai conceituar mulher honesta com:

A honrada, de decoro, decência e compostura. É aquela que, sem se pretender traçar conduta ascética, conserva, entretanto, no contato diário com seus semelhantes, na vida social, a dignidade e o nome, tornando-se, assim, merecedora do respeito dos que a cercam. Não vivendo no claustro

nem no bordel, justamente é quem mais pode ser vítima do crime, donde logicamente a necessidade de proteção legal. (NORONHA, 1995, p.137-138)

E, uma vez definido o que significa “mulher honesta”, o autor também vai trazer suas considerações a respeito das mulheres que não fazem parte desta categoria, ganhando especial destaque a figura da prostituta, que é evidenciada ao longo de toda obra do doutrinador.

Exclui-se, dessarte, a prostituta. Não há censurar o legislador. Principalmente, devemos considerar que a meretriz é mulher que se entrega a quem a solicita, sendo difícil, senão impossível, a ocorrência de fraude, pelo menos em grau que a lei deva punir. Entregando-se a quem lhe paga e sendo meio idôneo o dinheiro, incompreensível será a hipótese de fraude, pois esta supõe a boa fé da vítima e sua confiança que não entram no trato carnal de alguém com a barregã. (NORONHA, 1995, p.138)

E especificamente sobre a prostituta, Damásio de Jesus (1999, p.110) vai falar que esta foi excluída da proteção legal uma vez que “vendendo-se por dinheiro, não possui a boa-fé que se exige da vítima para que haja a fraude comprometedora de sua vontade”.

Seguindo com suas ponderações, Magalhães Noronha ainda vem apontar que a mulher desonesta não é apenas a prostituta, passando a construir uma imagem mais abrangente desta ao expor que

A expressão *mulher honesta* repudia a que, embora sem ser barregã, é fácil prodigalizadora de *seus favores*. Mulher desonesta não é somente a que faz mercancia do corpo. É também a que, por gozo, depravação, espírito de aventura etc., entrega-se a quem a requesta. Não é só o intuito do lucro que infama a posse da fêmea. A conduta da horizontal, muita vez, é digna de consideração, o que se não dá com a de quem, livre das necessidades, se entrega tão-só pelo gozo, volúpia ou luxúria. (NORONHA, 1995, p.138)

Depois de evidenciadas as duas categorias conflitantes de mulher, Noronha vai levar em consideração, também aquelas mulheres que não se enquadram enquanto desonestas, embora estejam em situações não legais, tornando-as passíveis de receber a tutela legal. Ele vai dizer

Ao lado disso, situações há que, embora não legais, não conduzem a mulher à condição de desonesta. Referimo-nos à mancebia. Vivendo em estado de casada, tendo, criando e educando seus filhos num ambiente de fidelidade e decoro, não vemos como considerá-la, para os efeitos do artigo, mulher desonesta. A decência da vida conjugal não depende, exclusivamente, das

formalidades do Registro Civil e do sacramento da Igreja. (NORONHA, 1995, p.138)

Por sua vez, ainda dentro da discussão de quem pode ser encarada enquanto vítima, Damásio de Jesus vai apontar algumas condições pessoais que devem ser consideradas no momento de avaliar se o crime aconteceu ou não.

Note-se que, para a caracterização ou não do crime, é preciso levar em conta as condições pessoais da ofendida, seu grau de cultura, o meio onde vive, para se aferir a verdadeira impressão causada pelo sujeito ativo. Muitas vezes, em razão de fatores culturais, moças de determinadas regiões podem ser mais facilmente enganadas, às vezes com a utilização de estratégias grosseiras. Ao examinar o caso concreto, leva-se em consideração que a vítima deve ser enganada. Se ela dúvida, aceita o risco de sua ação e não há que se falar em fraude. (JESUS, 1999,p.111)

Magalhães Noronha ainda vai apontar sua discordância quanto à pena do crime de “posse sexual mediante fraude”, por não entender o motivo da diminuição de pena em face da estipulada para o crime de estupro, uma vez que “considerando-se, principalmente, que o delito em foco visa a tutelar exclusivamente a mulher honesta, ao passo que no estupro o legislador refere-se a *qualquer* mulher, não compreendemos a disparidade de penas existente entre eles” (NORONHA, 1995, p.141). E reforça sua indignação:

O legislado não atendeu à gravidade dos delitos. Com efeito, no estupro, o indivíduo que, sob ameaça, mantiver coito com prostituta, será punido, no mínimo, com três anos de reclusão, mas, se, por meio de fraude, possuir mulher de reputação inatacável, será apenado, no máximo, com esses três anos (NORONHA, 1995, p.141).

E por fim o autor vai apontar a importância para a Justiça dessas delimitações que dizem respeito à honestidade da mulher:

Estando em jogo a *fraude* do delinquente, é mister achar-se do outro lado a honestidade da ofendida. Desse contraste é que se concluirá pela existência ou não da fraude. A Justiça tatearia no escuro e palmilharia terreno movediço na apuração de casos em que a vítima fosse exímia conhecedora do comércio carnal e mesmo mais experiente do que o próprio homem. (NORONHA, 1995, p.138)

É importante, contudo, atentar-se para o fato de que a conceituação formal de mulher honesta é delimitada na doutrina quando o legislador a coloca enquanto

elemento constitutivo do tipo penal. No entanto, a linha divisória que separa mulheres honestas e desonestas é traçada desde o primeiro momento da discussão, quando os doutrinadores confrontam as “mulheres recadas” com as “despudoradas”, colocando esse fator enquanto determinante para a sua maior ou menor proteção legal.

É fundamental destacar também que essa é uma construção simbólica tão sedimentada que será considerada mesmo que o legislador não a mencione. Ela se impõe a partir do olhar do dito homem médio, que na prática corresponde aos próprios doutrinadores aqui analisados. São eles que traçam a linha divisória ao longo de suas obras, que a expõe e defende quando estão no exercício da docência e que a aplicam quando estão operando o sistema punitivo.

2.5 A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DA ORGANIZAÇÃO ÉTICO-SOCIAL DA FAMÍLIA

O Código de 1940 manteve o crime de Rapto¹⁷ dentro do Título “Dos Crimes Contra os Costumes”, rejeitando o critério do projeto Sá Pereira que pretendia transferi-lo para o âmbito dos crimes contra a liberdade. Tal decisão se justificou pelo fato de que o fim do agente era a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso. E o ponto nº 73 da exposição de motivos do Código de 1940 vai reforçar essa decisão apontando que “trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família - interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes contra os costumes” (PIERANGELI, 2004).

Os doutrinadores também se encarregaram de reforçar o porquê da manutenção do crime da Rapto dentre os crimes contra os costumes. Heleno Fragoso (1962) vai trazer que

Não há dúvida de que o rapto violento ou fraudulento, e mesmo o consensual são crimes contra os costumes, no sentido em que esta palavra é empregada

¹⁷ Cabe destacar que a Lei nº 11.106/2005 realizou significativas mudanças no que diz respeito às condutas tipificadas enquanto “Rapto violento ou mediante fraude” (art.219) e “Rapto consensual” (art. 220). O art. 219 deixou de vigorar enquanto “Rapto violento ou mediante fraude”, tendo em vista que essa lei acrescentou o inciso V ao §1º do art. 148 (Sequestro e cárcere privado), com a seguinte redação: “Se o crime é praticado com fins libidinosos”. Já o crime de “Rapto consensual” (art. 220) foi extinto.

pela lei, ou seja, a moral pública sexual. A ofensa que se faz à liberdade individual (no rapto violento ou fraudulento) é apenas meio. Nem se pode dizer que seja, no caso, o interesse prevalente. No rapto consensual, já é evidente que não há crime contra a liberdade individual (a ofendida livremente consente na sua abdução). É também lesado (como nas outras formas de rapto também) o interesse de ordem familiar, e nesta modalidade do crime, de forma mais evidente; mas o fim do agente não deixa de ser libidinoso, o que justifica a sua inclusão entre os crimes contra os costumes.

(...)

O *bem jurídico* tutelado, nos crimes de rapto é a liberdade sexual, no sentido a que já acima nos referimos (cf. nº. 524 *supra*) ou seja da inviolabilidade carnal da pessoa. Igualmente, protege-se aqui a organização da família, e, secundariamente, a liberdade individual. (FRAGOSO, 1962, p.528 – 529, grifos do autor)

Nessa exposição de Fragoso é possível perceber, também, que para o doutrinador a proteção da “liberdade sexual” e da “organização da família” estavam equiparadas em importância.

Por sua vez, Damásio de Jesus (1999) em sua obra deixa explícito o posicionamento de que o principal bem jurídico atingido era a “liberdade sexual”, sendo a “organização da família” uma questão secundária. Ele traz

Não existe dúvida de que o rapto ofende a liberdade individual da mulher e que atenta contra a organização da família legítima, que tem origem com o casamento monogâmico, celebrado na forma da lei. Mas, na realidade, o bem jurídico principalmente atingido com o delito é a liberdade sexual, ou seja, a liberdade de disposição do próprio corpo em matéria sexual, sem se olvidar da ofensa contra os bens jurídicos da liberdade pessoal e da organização da família. (JESUS, 1999, p.125)

Desse modo, é possível perceber que, seja de forma principal ou secundária, a proteção da dita “organização da família” ganhou especial destaque nos até então crimes de rapto, tendo, com isso, um impacto mais explícito nas discussões doutrinárias no que diz respeito às mulheres que eram passíveis de figurar enquanto vítima de tais crimes.

O Código separou o Rapto, que nos termos de Néilson Hungria (1947, p.203, grifos do autor) era “a *subtração* ou *tirada* da vítima à sua esfera de proteção legal ou zona de normalidade jurídica e sua subsequente incidência sob o domínio ou poder arbitrário do agente”, em duas modalidades: Rapto Violento ou Fraudulento (art. 219) e Rapto Consensual (art. 220).

O Rapto Violento ou Fraudulento, que era caracterizado enquanto “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso” (art. 219, CP), manteve como sujeito passivo exclusivamente a “mulher honesta”. Damásio de Jesus (1999, p.127) vai dizer que “pouco importa se a vítima é ou não virgem, uma vez que a mulher casada também pode ser sujeito passivo, ou a sua idade. Só a mulher dissoluta é que não pode ser sujeito passivo da incriminação”.

Os cinco doutrinadores aqui analisados entendiam que a conduta quando realizada contra uma mulher desonesta não era suficiente para abalar moralmente a honra ou reputação da vítima e da família. No caso de uma meretriz ou uma mulher libertina, mesmo que houvesse uma abdução ou uma retenção para fim libidinoso não existiria rapto, mas sim, um crime contra a liberdade (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p.206).

Ainda dentro dessa discussão, Magalhães Noronha vai fazer questão de tecer maiores comentários quanto à questão da prostituta, apontando que ela poderia ser vítima de estupro ou atentado violento ao pudor, mas não de rapto. Ele diz

Nesse crime, duas hipóteses podem ocorrer: ou há a simples tirada, a simples subtração, ficando o fim libidinoso em mera perspectiva; ou, ao revés, este é consumado. Neste caso, se a vítima é prostituta e o réu usou de violência ou grave ameaça, não deixará de existir crime, podendo, então, haver lugar o estupro ou o atentado ao pudor. Na outra ocorrência, isto é, quando o fato se constitui exclusivamente da tirada da vítima, sem que o fim libidinoso seja consumado, reduzindo-se a projeção do delito no mundo exterior só àquela subtração, convenha-se que o fato dessa simples tirada não assume tanta gravidade, não provoca tanto clamor social, não infunde na coletividade esse sentimento de insegurança que a invade à notícia de um crime, impondo-se a repressão penal. E isso porque essa tirada, geralmente do prostíbulo, muito mal poderá assumir aspecto de subtração da esfera de custódia e proteção social, ou, pelo menos, de pouca monta será tal fato. Por outro lado, fim de

libidinagem em mera perspectiva não constitui ofensa contra o pudor que justifique a capitulação do crime. (NORONHA, 1995, p.182-183)

Os doutrinadores, antes de passar a comentar o rapto consensual, ainda vão pontuar que o efetivo e constante dissenso da vítima seguia sendo exigido nos termos que apresentaram nos crimes anteriores (e que aqui também já foi exposto).

Abordando de forma breve o Rapto Consensual, que consistia em “se a raptada é maior de quatorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento” (art.220, CP), tinha-se uma proteção do legislador ao pátrio poder e à autoridade tutelar. Os doutrinadores apontaram que nesses casos o consentimento da mulher era nulo, tendo em vista que a filha/tutelada não poderia contrariar a vontade do pai/tutor, e que por isso o legislador conservou o limite da menoridade civil. Eles também pontuam que inexistia o crime caso a menor fosse emancipada.

Dessa forma, mesmo sendo conhecidos enquanto “crimes sexuais” e que tivessem no polo passivo principalmente as mulheres, fica evidente que quando o legislador tratou tais crimes sob a epígrafe de “crimes contra os costumes” buscou-se uma tutela que ia muito além destas. E assim sendo, os doutrinadores se encarregaram de traçar as linhas que contornaram esta tutela, excluindo as mulheres cuja violação não afetava o que eles enxergavam enquanto moralidade pública e reforçando a importância de proteger os interesses familiares (dos quais a tutela da sexualidade feminina é ponto de especial relevância).

2.6 A VÍTIMA NA REFORMA DE 1984

Em 1984 o Código Penal passou pela maior reforma desde 1940. Por meio da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 toda a parte geral do Código foi reformada e uma alteração que chamou atenção diz respeito à aplicação da pena, que no art.59 passou a considerar expressamente a “conduta da vítima” enquanto elemento a ser valorado na dosimetria da pena.

O tópico nº 50 da exposição de motivos da reforma de 1984 justifica a inovação legislativa que fez referência expressa ao comportamento da vítima dizendo que este é “erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (PIERANGELI, 2004)

Com relação à tal inovação Heleno Fragoso (1986) e Magalhães Noronha (1998) não travam grandes discussões. Os doutrinadores restringiram-se apenas a dizer que entrou em vigor o “comportamento da vítima” enquanto elemento de análise no art. 59 e que isso se justifica pelo fato de que as ações da vítima podem contribuir para o advento do fato punível e, desse modo, deve influir sobre a maior ou menor reprovabilidade da ação.

Damásio de Jesus trata a alteração de forma breve, mas preocupa-se em destacar os crimes sexuais como exemplo.

Por último, há menção ao “comportamento da vítima”. Em alguns crimes, como os de natureza patrimonial e sexual, a conduta do sujeito passivo pode provocar ou facilitar a prática delituosa, circunstância a ser considerada pelo juiz na dosagem concreta da pena. (JESUS, 1997, p.547)

Das doutrinas analisadas a única que se debruça um pouco mais sobre a questão é a de Julio Mirabete (1994). O autor traz uma exemplificação mais extensa do que seria este “comportamento da vítima”, pontuando que mesmo que não justifique o crime, esses tipos de condutas devem ser levados em consideração pelo aplicador do direito no momento de dosimetria da pena. Ele aponta

Estudos de Vitimologia demonstram que as vítimas podem ser “colaboradoras” do ato criminoso, chegando a se falar em “vítimas natas” (personalidades insuportáveis, criadoras de caso, extremamente antipáticas, pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas etc.). Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais, prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria. (...) A jovem de menor pudor pode induzir o agente de estupro ou atentado violento ao pudor pelas suas palavras, roupas e atitudes imprudentes etc. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando abrandamento da pena. (MIRABETE, 1994, 279)

Cabe apontar que ao optar por trazer tal inovação o legislador de 1984 atesta que o recato da vítima, dentro dos termos interpretativos que é dado nos crimes contra os costumes, ainda é relevante para o ordenamento jurídico pátrio. E, para além disso, é importante se atentar para o fato de que esse elemento passou a ser formalmente considerado em todos os crimes do ordenamento, uma vez que o art. 59 vai ser aplicado na dosimetria da pena de todos estes, e que essa redação segue em vigor até a atualidade.¹⁸

¹⁸ Vale mencionar, tendo em vista que este trabalho é desenvolvido no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, que Roque de Brito Alves (professor desta universidade de 1960 a 2008) escreveu sobre a Parte Geral do Código Penal desde a década de 1970, sendo citado em livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior (ASCOM-DPPE, 2021). Com relação a esta alteração do art. 59 do Código Penal ele faz a seguinte menção: como inovação do novo texto penal brasileiro – e inexistente nas legislações penais contemporâneas mais recentes, como as de Portugal de 1995, da Espanha de 1996, da Alemanha de 1975 –, o juiz ao aplicar a pena deverá atender não somente à conduta, à culpabilidade ou à personalidade do autor do delito como ao comportamento da vítima do crime (art.59), adotando-se, assim, um dos princípios da moderna ciência da Vitimologia. Às vezes, inconsciente ou conscientemente, a vítima provoca o delito, “a injusta provocação da vítima” como minorativa penal (§ 1º do art.121, § 4º do art.129) causadora de grande redução de pena (ALVES, 2007, p.357-358).

3 QUEM SÃO ESSAS MULHERES?

Com a leitura das doutrinas indicadas no primeiro capítulo foi possível perceber que os autores se encarregaram de desenvolver uma dinâmica de categorização de mulheres. Na busca de garantir que a aplicação da lei penal se restringisse à tutela apenas daquelas mulheres cuja violação significava uma ofensa não só a sua liberdade sexual, mas principalmente à moral e aos costumes da sociedade brasileira, a representação de mulher construída nas linhas da doutrina foi a divisão das mulheres em dois grandes grupos: mulheres honestas e mulheres desonestas.

A “honestidade” é um conceito aberto que tem sua livre interpretação dada por aqueles que aplicam o Direito, os doutrinadores se encarregaram de traçar caminhos interpretativos que tiveram como base elementos, igualmente abertos (como, por exemplo, “honra”, “moral pública e sexual”, “proteção familiar”). Tendo em mente que as fontes históricas, especialmente as fontes escritas, não falam sozinhas e que precisam ser encaradas a partir de um olhar crítico, acredita-se que as categorias apresentadas expressamente pelas linhas das doutrinas são apenas um primeiro dado de representação, uma camada superficial de análise.

No segundo nível de representação é possível chegar a uma análise mais profunda dessa mulher idealmente tutelada pelo sistema de justiça criminal, faz-se necessário, portanto, confrontar a fonte central (o texto doutrinário) com outras fontes (que neste caso serão fontes bibliográficas), para que seja possível a percepção de outros matizes de representação (LEIPNITZ, 2017, p.242-243).

Com base nesse entendimento, analisou-se o texto doutrinário a partir de um olhar crítico de fontes bibliográficas da criminologia crítica em diálogo com as teorias feministas, em especial, o feminismo negro, justamente por entender que o racismo é um pilar central na construção da sociedade e do sistema punitivo brasileiros. Compartilha-se aqui do entendimento de que “o gênero é uma variável, não podendo ser separado de outras formas de opressão, pois numa sociedade como a brasileira o racismo tem que ser considerado como um eixo articulador, pois este determina a hierarquia de gênero” (RAIMUNDO, 2018, p.85).

Acredita-se que a imagem de mulher idealmente tutelável que os doutrinadores construíram e que vai ganhar forma concreta na aplicação do Direito passa diretamente pela questão racial, embora este elemento tenha ficado apenas nas entrelinhas da representação doutrinária.

3.1 A CORRUPÇÃO DO PUDOR SOCIAL: ENTRE A GUIA DA MORAL SOCIAL E A APRENDIZ DE EVA

No capítulo anterior, os doutrinadores analisados ao longo de suas obras se encarregam de diferenciar as mulheres ao longo da análise dos até então chamados “crimes contra os costumes”.

Como forma de alerta aos juristas e buscando garantir que a tutela penal fosse destinada apenas àquelas mulheres merecedoras de tal “proteção”, os autores foram delimitando quem seria a mulher a ser “resguardada”: aquela que por agir com “*decência*”, “*recato*” e “*pudor*” disciplinou os instintos sexuais naturais dos homens e tornou-se assim responsável pelo “*equilíbrio sexual*” e manutenção da “*ordem sexual social*”, guia da “*moral social*” e da “*ordem familiar*”.

E, da mesma forma que a mulher virtuosa foi sendo retratada ao longo das doutrinas, os autores também se encarregaram de alertar os aplicadores do Direito das aprendizes de Eva: aquelas mulheres que com sua “*deficiência de reserva*” e “*frouxidão de pudicícia*” abriram as portas para a “*corrupção do pudor*” e, conseqüentemente, para as “*infelicidades sexuais*”.

No segundo nível de análise desta pesquisa, foi necessário compreender como a imagem das mulheres negras foi construída no imaginário social, para entender, nas entrelinhas do texto doutrinário, como elas encontram uma correspondência com as categorias inicialmente apresentadas pelos doutrinadores.

3.1.1 Mulheres negras e sexualidade

Na análise dos crimes contra os costumes, é fundamental entender como a sexualidade das mulheres negras foi historicamente representada. Quando se fala de mulheres negras e sexualidade no Brasil é fundamental começar observando próprio movimento de miscigenação do país e o mito da democracia racial, percebendo a forma como as mulheres escravizadas eram tratadas e como foram retratadas pela literatura pátria.

Lélia Gonzales vai trazer que os “casamentos inter-raciais” não foram nada além do resultado da violentação de mulheres negras por parte da minoria branca dominante (GONZALES, 2020, p.50). Lélia diz que “o grande contingente de brasileiros mestiços resultou de estupro, de violentação, de manipulação sexual da escrava. Por isso existem os preconceitos e os mitos relativos à mulher negra: de que ela é ‘mulher fácil’, de que é ‘boa de cama’ (mito da mulata) etc. e tal.” (GONZALES, 2020, p.202).

Sueli Carneiro também vai apontar que a representação da sexualidade das mulheres negras funciona como uma forma de justificar as ações do senhor a partir da culpabilização da exacerbação sexual das mulheres escravizadas.

(...) a exaltação sexual da escrava e o culto a sensualidade da mulata, tão caros a nossa cultura branca e machista, vistos sob um novo prisma, mais do que explicar os ataques sexuais às escravas parecem cumprir uma *função justificadora* do senhor de escravos enquanto vítima do que Giacomini chama de superexcitação genésica das escravas negras. (CARNEIRO, 2019, p.92, grifo da autora)

Embora a mulher escravizada não tivesse a possibilidade de recusar os atos sexuais impostos pelo senhor, era sobre ela que recaía a culpa por essa interação, uma vez que era colocada enquanto uma mulher de sexualidade exacerbada e que, com isso, seduzia e corrompia os senhores. Nos escritos de Flauzina é possível visualizar como esses estereótipos foram reforçados.

A prestação de favores sexuais sempre foi tomada como parte de uma rotina de obrigações das negras que da casa grande se transferiu para as dependências de empregada. Gilberto Freyre, em seu tão festejado *Casa Grande e Senzala* nos dá uma mostra da forma como desenhou esse tipo de estereótipo para as mulheres negras:

“...o que sempre se apreciou foi o menino que cedo estivesse metido com raparigas. Raparigueiro, como ainda hoje se diz. Fermeeiro. Deflorador de mocinhas. E que não tardasse em emprenhar negras, aumentando o rebanho e o capital paternos.

... O que a negra da senzala fez foi facilitar a depravação com a sua docilidade de escrava, abrindo as pernas ao primeiro desejo do senhor. Desejo não, ordem.

... Superexcitados sexuais foram antes estes senhores que as suas negras ou mulatas passivas. Mas nem eles: o ambiente de intoxicação sexual criou-o para todos o sistema econômico da monocultura e do trabalho escravo, em aliança secreta com o clima." (FLAUZINA, 2006, p. 132-133)

Dessas concepções criou-se uma dualidade entre a imagem sexual das senhoras e das mulheres escravizadas, onde a sexualidade da senhora branca estava a serviço da reprodução e das relações de parentesco, colocando-as como mães, mulheres castas e puras (FRANKLIN, 2017, p.78). Já as mulheres escravizadas tinham sua sexualidade como um objeto do senhor branco, a maternidade e as relações familiares eram negadas e elas eram colocadas enquanto as negras sensuais, lascivas, imorais, infanticidas e sem religião (FRANKLIN, 2017, p.78). Foi construído um discurso que caracterizou as mulheres negras como extremamente sensuais e sexualizadas, não só justificando as violações por elas sofridas, mas as culpabilizando.

Desse confronto entre hipersexualização da negra e assexualização da senhora branca surgiam também casos de rivalidade que chegavam a resultar em torturas por parte das senhoras contra as negras, com práticas de mutilações, extirpações e várias outras atrocidades em partes do corpo da mulher escravizada que eram colocadas como uma parte com poder de sedução das negras (FRANKLIN, 2017, p.78).

A mulher negra seria assim desde o início colocada como a responsável pela construção dos aspectos degradantes da sociedade e das famílias brancas, pelos desvios de conduta dos homens brancos e pela corrupção do equilíbrio da moral sexual, tendo em vista os contatos íntimos que ocorreram na Casa Grande no período de escravidão e a dita natural exacerbação de sua sexualidade que inevitavelmente lhe acompanharia ao longo do tempo (atualizando-se no "mito da mulata"). (GONZALES, 2020, p.59; 202)

Lélia Gonzales vai trazer um pouco dessa realidade da sexualidade das mulheres negras na Casa Grande dizendo:

Não faz muito tempo que a gente estava conversando com outras mulheres, num papo sobre a situação da mulher no Brasil. Foi aí que uma delas contou uma história muito reveladora, que complementa o que a gente já sabe sobre

a vida sexual da rapaziada branca até não faz muito: iniciação e prática com as crioulas. É aí que entra a história que foi contada pra gente (brigada, lone). Quando chegava na hora do casamento com a pura, frágil e inocente virgem branca, na hora da tal noite de núpcias, a rapaziada simplesmente brochava. Já imaginaram o vexame? E onde é que estava o remédio providencial que permitia a consumação das bodas? Bastava o nubente cheirar uma roupa de crioula que tivesse sido usada, para “logo apresentar os documentos”. E a gente ficou pensando nessa prática, tão comum nos intramuros da casa grande, da utilização desse santo remédio chamado catinga de crioula (depois deslocado para o cheiro de corpo ou simplesmente cecê). E fica fácil entender quando xingam a gente de negra suja, né? (GONZALEZ, 2020, p.86-87)

Assim, no que diz respeito à sexualidade (mas não só a isso) as mulheres negras ocupavam um lugar oposto ao destinado socialmente às mulheres brancas, uma vez que eram vistas como indignas. Não havia uma honra a se proteger, como no caso das castas senhoras brancas, o que existia era um corpo e uma sexualidade a serem usados pelos homens brancos e controlados socialmente. Às mulheres escravizadas, colocadas enquanto propriedade, não havia espaço para renúncia às investidas do senhor. E nas violações sofridas não havia de se reivindicar um lugar de vítima, porque elas que estariam provocando os instintos naturais dos homens brancos (GONZALES, 2020; FRANKLIN, 2017).

No pós abolição a mulher negra continuaria sendo a grande culpada pelo desvio de caráter e moral da população branca, seria a responsável pela dissolução dos laços familiares das uniões brancas devido a sua volúpia e luxúria incontrolláveis (GOES, 2015, p.182), mantendo assim o temor quanto à sua imagem de destruidora de lares. Nesse sentido, Luciano Goes vai nos trazer que

O medo branco, assim, também se expressava no perigo que a família branca (base da sociedade brasileira) corria diante do contato do homem branco e a mulher negra. Uma permanência desde a relação casa grande-senzala, quando muitas sinhás viam nas mucamas e amas de leite, uma ameaça constante aos seus maridos, expostos à sedução resultante da sensualidade e devassidão naturais da negra (GOES, 2015, p.182-183)

No entanto, mesmo existindo um temor, as mulheres negras ainda eram utilizadas para a iniciação sexual dos homens brancos, como relata Lélia Gonzalez.

A exploração da mulher negra enquanto objeto sexual é algo que está muito além do que pensam ou dizem os movimentos feministas brasileiros, geralmente liderados por mulheres de classe média branca. Por exemplo, ainda existem “senhoras” que procuram contratar jovens negras belas para trabalharem em suas casas como domésticas; mas o objetivo principal é que

seus jovens filhos possam “se iniciar” sexualmente com elas. (Desnecessário dizer que o salário de uma doméstica é extremamente baixo.) Com isso temos um exemplo a mais da superexploração econômico-sexual de que falamos acima, além da reprodução/perpetuação de um dos mitos divulgados a partir de Freyre: o da sensualidade especial da mulher negra. (GONZALEZ, 2020, p.60)

Dessa forma, se na sociedade escravista o corpo e a sexualidade da mulher negra eram usados e controlados dentro da casa grande, nesse momento posterior era necessário manter um controle ainda maior “pois sendo ela própria a grande responsável pela depravação sexual do homem branco, na concepção, a sua sexualidade não poderia escapar ao controle que a elite pretendia na época” (FRANKLIN, 2017, p.92), mesmo que a objetificação de seus corpos permanecesse no intramuros.

E não era só no âmbito familiar que a interação entre senhor e escravizada representava um risco. Como Lélia Gonzales vai apresentar, do ponto de vista econômico também existia uma preocupação desde o período escravista.

Ao caracterizar a função da escrava no sistema produtivo (prestação de bens e serviços) da sociedade escravocrata, Heleieth Saffioti mostra sua articulação com a prestação de serviços sexuais. E por aí, ela ressalta que a mulher negra acabou por se converter no ‘instrumento inconsciente que, paulatinamente, minava a ordem estabelecida, quer na sua dimensão econômica, quer na sua dimensão familiar’. Isto porque, o senhor acabava por assumir posições antieconômicas, determinadas por sua postura sexual; como houvesse negros que disputavam com ele no terreno do amor, partia para a apelação, ou seja, a tortura e a venda dos concorrentes. E a desordem se estabelecia exatamente porque ‘as relações sexuais entre os senhores e escravas desencadeavam, por mais primárias e animais que fossem, processos de interação social incongruentes com as expectativas de comportamento, que presidiam à estratificação em castas. Assim, não apenas homens brancos e negros se tornavam concorrentes na disputa das negras, mas também mulheres brancas e negras disputavam a atenção do homem branco’ (GONZALES, 2020,p.82).

Nas análises de Naila Franklin (2017), por sua vez, é possível perceber que as preocupações da elite branca iam para além da negra em si, passando também pela sua maternagem e o conseqüente problema da suposta degenerescência da prole mestiça.

(...) uma preocupação com as reminiscências do costumeiro contato que o homem branco possuía com a negra nas relações escravistas, sob a forma de estupro, mas que o discurso da época justificou pela natural predisposição da mulher negra a uma sexualidade exacerbada. Esse contato origina, não só a depravação do homem branco, mas também da prole “mestiça ou

mulata”, que irá adquirir aspectos de degeneração provenientes do contato da negra com o branco (FRANKLIN, 2017, p.92).

Entrando na questão da maternidade das mulheres negras, é possível perceber que se por um lado ela era necessária para que a função de ama-de-leite fosse desempenhada, por outro ela era rejeitada, tanto porque a cria não seria útil para o senhor nos seus primeiros anos de vida, quanto porque significaria mais um negro supostamente degenerado na sociedade.

Geralmente as amas-de-leite eram amas de aluguel que tinham seus serviços constantemente oferecidos, uma vez que muitos senhores se recusavam a manter a mulher escravizada com seu filho, considerando este como um peso, já que nos anos iniciais não poderia exercer nenhuma atividade lucrativa (SOARES, 1994, p.30-31). Mas por vezes essa função poderia ser desempenhada pela própria mulher escravizada da família, caso coincidisse partos de senhora e escravizada (SOARES, 1994, p.28). Dessa forma, o destino da maternidade das negras seria definido de acordo com a utilidade que teria para a família senhorial.

Ser ama-de-leite significava forçosamente renunciar à própria maternidade, uma vez que muitos senhores preferiam que essas mulheres não dividissem seu leite entre seus filhos e os delas (SOARES, 1994, p.31). Quando aquela gravidez não era útil para a família a qual pertencia a mulher escravizada havia uma grande negligência e descaso por parte dos senhores no período de gestação, faltando assim condições mínimas para o desenvolvimento do feto (FRANKLIN, 2017, p.73). Quando a gravidez vingava, era comum que elas matassem seus próprios filhos, dada as condições impostas pela escravidão (FRANKLIN, 2017, p.73), ou que eles fossem entregues à própria sorte, indo superlotar as instituições de caridade (SOARES, 1994, p.31). E dessa condição a qual as mulheres negras foram expostas, surge a ideia de que as negras são más mães e infanticidas.

Contudo, a partir de meados do século XIX, a utilização do leite materno negro se tornaria objeto de reprovação ferrenha por parte dos médicos brasileiros e as amas seriam vistas como portadoras e transmissoras de doenças infecciosas, que podiam ameaçar as vidas das crianças brancas e de toda a família (SOARES, 1994, p.32). A partir dessa visão, e fortemente influenciados pelas doutrinas higienistas européias, os médicos difundiriam que a causa principal da mortalidade infantil branca se

encontrava no costume de serem as crianças entregues a amas-de-leite escravizadas (SOARES, 1994, p.32-33).

O leite negro supostamente não transmitiria apenas doenças físicas, mas também morais, vícios e paixões que maculariam a personalidade do pequeno senhor. Os doutores passaram a questionar inclusive a afeição e os cuidados dispensados pela ama negra ao menino branco, a transformando, mais uma vez, em algoz, e difundindo a ideia de que elas executavam aquela função simplesmente por obrigação, no caso de ser mulher escravizada, ou por estarem interessadas em assim ganhar a vida, enquanto negra livre ou liberta (SOARES, 1994, p.33-34). A ideia de descompromisso das amas era tanta que as acusavam de, sempre que pudessem, eximirem-se do trabalho valendo-se de diversos artifícios, inclusive obrigando as crianças a ingerirem bebidas alcoólicas e outras drogas que provocavam sono profundo (SOARES, 1994, p.34).

As mulheres escravizadas, que tinham seu direito à maternidade negado, e que já eram penalizadas quando exerciam seu papel reprodutivo sem que houvesse uma utilidade para o seu senhor (mas que ainda poderiam ser vendidas/alugadas enquanto prestadoras de serviço para outras casas), agora também eram culpabilizadas pelos problemas enfrentados na maternidade das mulheres brancas, reforçando ainda mais o estereótipo de más mães. Dessa forma, o único aspecto positivo da maternidade negra deixa de existir e ela é vista exclusivamente enquanto um problema.

Existia no Brasil uma grande preocupação com a mestiçagem e a suposta degeneração que vinha com ela. Analisando as obras de Nina Rodrigues¹⁹, Naila Franklin (2017) vai apontar que o autor no artigo “Mestiçagem, Degenerescência e Crime – A mestiça, a mulata e a herança criminosa pela mulher” associa à mulher negra a mestiçagem, e a esta a criminalidade e a violência no Brasil.

a problematização da hereditariedade de um comportamento criminoso se dá a partir da mulher, haja vista que nos casos de mestiçagem que ele analisa, “o cruzamento”, ou seja, o intercurso sexual entre homem e mulher que dá

¹⁹ Considerado o maior representante das ideias da Escola Italiana de Antropologia Criminal no Brasil e alçado à condição de ícone histórico dos estudos sobre o negro no Brasil, Raimundo Nina Rodrigues nasceu no Maranhão, na cidade que hoje tem seu nome, em 1862 e morreu em 1906. Formou-se em Medicina em 1887 e em 1889 prestou concurso para a Faculdade de Medicina da Bahia, vindo a ocupar o lugar de adjunto da Cadeira de Clínica Médica. Autor de um vasto número de livros e artigos, como as obras “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil (1894)” e “O animismo fetichista dos negros da Bahia (1900)”, Nina Rodrigues teve seu conhecimento amplamente divulgado no Brasil e no exterior (CORRÊA, 2006).

origem a um país mestiço se faz através do casamento de homens brancos com mulheres negras, mestiças ou mulatas. A partir disso, argumentamos que uma das razões para tal fato pode residir na fundante disposição do corpo da mulher negra para o aproveitamento do homem branco, ao passo em que o acesso ao corpo da mulher branca, contrariamente, seria mais dificultado. Assim, seria a mulher negra – mestiça ou mulata – essencialmente o “elemento corruptor” do país, pois o seu livre acesso é que permitiria o repasse das características do negro no país em formação (FRANKLIN, 2017, p.108).

E quando se fala de um repasse das características negras, não poderia ficar de fora a hereditariedade da sexualidade exacerbada que a mulher negra supostamente possuía. Essa sexualidade desenfreada passaria não apenas para as mulheres mestiças, mas também para os homens. Naila Franklin (2017), analisando os escritos de Nina Rodrigues, vai mostrar como o médico representou o homem negro a partir dos mesmos estereótipos de exacerbação sexual.

‘A associação do crime a francas manifestações degenerativas e sua característica de retorno aos sentimentos indomáveis dos instintos inferiores, bárbaros ou selvagens, não deixa qualquer dúvida a esse respeito. Vemos com freqüência entre pessoas da raça negra a sensualidade tomar um aspecto francamente patológico, ou pelo menos de degenerescência manifesta. Sabemos que nos Estados Unidos uma das causas mais freqüentes de linchamento nos estados do sul é a violação de jovens brancas pelos negros que geralmente terminam por matar suas vítimas (RODRIGUES *apud* FRANKLIN, 2017, p.117)

Especificamente sobre o caso dos linchamentos dos homens negros nos Estados Unidos que Nina Rodrigues, no trecho supracitado, traz para corroborar com sua tese de sexualidade patológica por parte dos homens negros, podemos trazer os dados que Angela Davis apresenta quando está falando do mito do estuprador negro e os casos de linchamentos aos quais Rodrigues fez referência.

Ela vai apontar que embora o mito do estuprador negro tenha se atualizado e levado aos casos de linchamento, e que uma grande produção de livros, artigos e propagandas ganhassem volume nos Estados Unidos, eles baseavam-se apenas na ideologia racista (DAVIS, 2016, p.182). Ela mostra que chegou ao ponto de no livro de Jean MacKellar ser colocado que 90% de todos os estupros notificados no país eram cometidos por homens negros, enquanto os dados do FBI apontavam o percentual de 47% (DAVIS, 2016, p.182-183). Dessa forma, o mito se reproduzia com base na força do racismo, mas sem base em informações concretas, e, com isso, o

problema dos estupros no país acabava não sendo enfrentado efetivamente, mas o imaginário racista seguia sendo reforçado.

E dentro desse cenário Davis vai falar de como os movimentos de mulheres negras assumiram a liderança do movimento de combate aos linchamentos por entenderem que aquele era um movimento que atacava toda a comunidade negra, uma vez que a figura do estuprodo mítico implicava também na figura da prostituta mítica (DAVIS, 2016, p.194).

A imagem fictícia do homem negro como estuprodo sempre fortaleceu sua companheira inseparável: a imagem da mulher negra como cronicamente promíscua. Uma vez aceita a noção de que os homens negros trazem em si compulsões sexuais irresistíveis e animais, toda a raça é investida de bestialidade. Se os homens negros voltam os olhos para as mulheres brancas como objetos sexuais, então as mulheres negras devem por certo aceitar as atenções sexuais dos homens brancos. Se elas são vistas como “mulheres fáceis” e prostitutas, suas queixas de estupro necessariamente carecem de legitimidade. (DAVIS, 2016, p.186)

Dessa forma, nos Estados Unidos, onde a escravidão também foi marcada por uma rotina de abusos sexuais entre senhor e escravizada (uma vez que esta era uma propriedade e, por isso, o senhor branco tinha direito de propriedade sobre seu corpo como um todo), essas coerções sexuais não eram reconhecidas enquanto estupro e esse padrão de abuso institucionalizado de mulheres negras se tornou tão forte que conseguiu, assim como no Brasil, sobreviver à abolição da escravatura (DAVIS, 2016, p.180).

Dentro dessa dinâmica, as mulheres negras continuam a sofrer abusos por parte dos homens brancos que estão convencidos da naturalidade dos seus atos e tais agressões têm sido ideologicamente sancionadas por políticos, intelectuais e jornalistas, bem como por literatos que com frequência retratam as mulheres negras como promíscuas e imorais (DAVIS, 2016, p.181).

Desse modo, quando é trazido para o Brasil o exemplo dos Estados Unidos para embasar os argumentos de que os homens negros são dotados de uma morbidez sexual, Nina Rodrigues, assim como os autores estadunidenses, o faz com base na ideologia racista que lhe permeia.

Além disso, ele se encarrega de reforçar o mito da mulher negra promíscua/prostituta e nesse ponto as negras/mestiças/mulatas, que já não são

encaradas enquanto vítimas, passam a ter uma dupla culpa pelos crimes de estupro e as demais violações sexuais. Ela não é só culpada por corromper os homens brancos com sua sexualidade animalésca, mas também por colocar no mundo os homens negros/mestiços, espalhando assim hereditariamente os aspectos de sua suposta degeneração, que acarretariam também os estupros e violações das mulheres brancas.

Dessa forma, a mulher negra está no centro da discussão dos crimes sexuais no Brasil, mas nunca ocupando idealmente o lugar de vítima. Sua imagem é atrelada, na verdade, a da grande responsável pela desordem nas famílias e pela corrupção da moral sexual social, e, com isso, ela tem sua representação completamente afastada daquele padrão de mulher honrada que o sistema penal vai se colocar como guardião.

3.1.2 Mulheres negras e espaço público: agressividade e desordem

Não é só a sexualidade bestial e corruptora da mulher negra que vai ser encarada enquanto um desvio de conduta afastando-as assim da disputa por um lugar de vítima. Outro aspecto relevante que a afasta da imagem ideal que foi colocada enquanto representação das mulheres, lhe colocando, mais uma vez, no lugar de desordeira/indigna é a sua relação com o espaço público.

As mulheres negras ocupavam o espaço público, para além do espaço privado (espaço do lar das senhoras brancas), dessa forma, estavam submetidas a uma dupla esfera de controle: no âmbito doméstico, no que diz respeito ao controle de sua sexualidade e reprodução, e no âmbito público, com o controle policial.

Da necessidade desse duplo controle surgia então uma associação entre o senhor colonial e as agências de policiamento das cidades, uma vez que o trabalho feito nas ruas pelos negros era livre do controle dos feitores e demandava, dessa forma, o auxílio das forças policiais (FRANKLIN, 2017, p.75).

Cecília Soares (1994), em sua pesquisa sobre as mulheres negras na Bahia no século XIX, traz que os dados de ocupações das mulheres escravizadas em Salvador no período de 1811 – 1888 apontam que a maioria das mulheres escravizadas servia

diretamente na casa do senhor e as atividades domésticas representavam 58% das ocupações declaradas, mas que também existia um grande número de vendedoras de rua e negras que realizavam serviços domésticos para terceiros fora da residência senhorial (SOARES, 1994, p.22).

Trabalhando nos espaços públicos estavam, por exemplo, as denominadas negras do ganho de rua (a exemplo das vendedoras ambulantes), as lavadeiras, engomadeiras, artesãs (bordadeiras, rendeiras, costureiras e as que faziam ouro na prensa), representando com isso 20% dos ofícios declarados (SOARES, 1994, p.22).

Nas suas vivências nos espaços públicos eram comuns os litígios e as desavenças pessoais que, não raro, explodiam em cenas violentas que acabavam nos tribunais e que reforçavam a ideia de que a rua era um ambiente perigoso dada a vasta presença de negros nesse espaço.

A rua era considerada pelos brancos ambiente perigoso exatamente pela presença expressiva de negros e desclassificados sociais, geralmente pessoas pobres e desamparadas. As mulheres negras que viviam nas ruas estavam sujeitas a violências e agressões relacionadas ao seu gênero, sua cor e classe. A isso elas respondiam com comportamento aguerrido, enfrentando situações difíceis. Ousadia e agressividade eram procedimentos necessários para enfrentar a opressão social, o racismo, o patriarcalismo, enfim, as enormes dificuldades da vida, podendo contar ou não com a ajuda de aliados. Agiam, portanto, em defesa própria e na tentativa de preservarem sua autonomia nos espaços onde atuavam socialmente. Por muitas dessas atitudes, foram consideradas agentes da desordem e, como tais, punidas. (SOARES, 2001, p.36)

O comportamento das mulheres negras no espaço público era recorrentemente enquadrado enquanto criminoso, seja por serem considerados extravagantes ou por se tratar de uma tentativa de combater práticas discricionárias.

Perturbar o sossego público e desacatar as autoridades eram procedimentos femininos corriqueiros. A toda hora, mulheres eram detidas por desrespeito a posturas que regulavam esses comportamentos. O ambiente da rua, portanto espaço público, permitia, de certas formas, que as negras dessem expansão a ousadas atitudes. Insultos e comportamentos considerados extravagantes e desviantes ajudaram a combater, tanto quanto possível, diferentes práticas discricionárias, ao tempo que refletiam as limitações de suas vidas. Falar alto, dançar, beber em demasia e brigar era uma constante na vida daquelas mulheres. Por certo, comportamento desse gênero era considerado criminoso merecendo a punição da detenção e multas. Mas essa era a forma de expressão dessas mulheres; um aspecto de sua cultura. (SOARES, 2001, p.39)

Pelas informações que Soares (1994) traz em seus estudos, os conflitos com a polícia atingiam até mesmo as mulheres escravizadas encarregadas de trabalhos considerados domésticos. Analisando especificamente a dinâmica das lavadeiras, a autora vai se deparar com o grande problema que as fontes representavam para a moral pública, sendo vistas como local de imoralidade e desordem.

Esses lugares tiveram um significado ambíguo: do ponto de vista do branco foram considerados lugar de bagunça e brigas; para seus frequentadores eram local de camaradagem e trabalho, apesar dos conflitos que certamente também ali explodiam vez por outra. Nas fontes, com efeito, era comum as brigas entre negras. Ali era também lugar de conflito entre essas mulheres e a polícia, que agia com violência nessas horas. Segundo Vilhena, escrevendo no final do século XVIII, nestes locais as negras faziam desordens com outros negros, disputando água, quebrando vasilhas, agredindo-se mutuamente, defendendo seus pertences.

(...)

Seus frequentadores despiam-se para o banho, inclusive durante o dia, o que era considerado uma afronta à moralidade da elite. Em 1833, um juiz de paz exigia o retorno de soldados às fontes, a fim de evitar a nudez negra e as constantes desordens na disputa pela água. Dois anos depois, o mesmo Juiz reagiria à retirada do corpo de polícia desses locais. A presença dos policiais era fundamental no controle e repressão nas fontes. Tanto Vilhena quanto o Juiz de Paz três décadas depois só viam as fontes como lócus de confusão e abuso da moralidade pública. (SOARES, 1994, p.44)

Em pesquisa sobre o controle policial no Recife no início do século XX, Manuela Abath (2016), analisando os registros de prisões, também encontrou dados desse contato das mulheres negras com a polícia. Verificou-se que na maioria dos casos de prisões de mulheres negras o “motivo da prisão” registrado pela polícia estava ligado a práticas das ilegalidades populares, prisões por serem “desordeiras, embriagadas, praticantes de catimbó e ofensoras da moral” (VALENÇA; MELLO, 2016, p.673).

A partir desses dados é possível perceber que o contato entre mulheres negras e polícia nos espaços públicos começa muito cedo e bem antes do contato dessa instituição com as mulheres brancas.

As mulheres negras precisaram enfrentar as ruas e seus dissabores antes mesmo de serem consideradas livres. Dessa forma, os enfrentamentos com a polícia, que já as via como desregradas e violadoras dos códigos morais da época (seja pela sua sexualidade ou por estarem frequentando o espaço que as mulheres honradas não deveriam frequentar), eram inevitáveis. E, com essa interação, o lugar de possível

vítima de algum tipo de violação tornava-se ainda mais inimaginável, restando apenas o lugar de eterna suspeita.

3.2 MULHERES NEGRAS E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Através de uma mudança brusca de narrativa a imagem, aqui apresentada, das mulheres negras e da miscigenação, que antes era encarada como resultado da imoralidade destas mulheres, passou a ser retratada enquanto evidência de uma forma branda de escravidão que possibilitou uma tradição de intimidade interracial que supostamente levou a uma sociedade livre do racismo (CAULFIELD, 2000, p.270).

Essa mudança de narrativa se deu na tentativa de construir uma nova imagem de país e de nação que vive harmonicamente em uma “democracia racial”. Sueann Caulfield (2000, p.269-270) em sua obra “Em defesa da honra” mostra como, nas primeiras décadas do século XX, as autoridades republicanas estavam preocupadas em esconder a herança do passado escravista atrás da fachada de uma suposta “democracia racial”. Enquanto os nacionalistas gabavam-se da ausência de desigualdades de cor ou de raça no país, órgãos extraoficiais do governo encarregavam-se de definir enquanto antipatrióticas as acusações de racismo.

O Paiz, órgão extra-oficial do governo, denunciou como antibrasileiros os rumores sobre a exclusão de homens negros da guarda dos reis, dado que “a honra da nossa cultura” jazia na resolução harmoniosa das tensões raciais. O brasileiro era “um povo em cujo seio jamais medrariam preconceitos [raciais] selvagens”, e nunca havia existido “um sinal de prevenção contra os homens de cor” por parte de nenhum governante desde a Abolição. Qualquer insinuação no sentido contrário – incluindo a “mentirosa acusação” de racismo atribuída ao presidente Epitácio Pessoa durante as eleições de 1919 – seria antipatriótica (CAULFIELD, 2000, p.269)

Dessa forma, foi se estabelecendo no Brasil um cenário onde as atitudes racistas permaneciam, mas não poderiam/deveriam ser definidas enquanto tal (CAULFIELD, 2000, p.270), afinal de contas, não pode se falar em racismo onde existe uma suposta “harmonia entre as raças”.

Analisando as implicações dessa dinâmica no sistema de justiça no âmbito dos crimes sexuais, Caulfield (2000, p.272) percebeu que embora os juristas evitassem

fazer referência à raça, seus julgamentos aparentemente refletiam estereótipos raciais. Através dos processos analisados a autora vai perceber que à medida que a cor da vítima ficava mais escura, as probabilidades de pronúncia e condenação do réu diminuía²⁰, levando à suposição de que juízes e promotores usavam seu “poder interpretativo” nos julgamentos sobre honra sexual para praticar discriminação racial enquanto, ao não fazer referência expressa à raça, sustentavam o discurso da democracia racial (CAULFIELD, 2000, p.270).

Os conceitos abertos de “honra sexual” e “valores familiares” que se mostraram centrais nas discussões travadas ao longo das doutrinas analisadas no segundo capítulo deste trabalho, na pesquisa realizada por Caulfield serão percebidos enquanto a brecha encontrada pelos juristas para conciliar suas práticas racistas com os argumentos de imparcialidade que tão bem se encaixam com a imagem de um país livre do racismo.

O conceito de honra sexual podia ser interpretado de forma que mantivesse distinções de cor e classe que haviam sido ostensivamente eliminadas da legislação republicana. Os juristas interpretavam a honra de maneira compatível com noções tradicionais de clivagem raciais e sociais. (...) O reforço dos valores familiares inerentes a tais conceitos de honra sexual dava aos juristas espaço interpretativo para praticar esse tipo de discriminação, ao mesmo tempo em que se julgavam defensores imparciais de valores culturais abstratos, ou mesmo de uma ordem social natural. Em suma, a honra sexual era um instrumento que permitia aos juízes abraçar a democracia racial e, ao mesmo tempo, praticar a discriminação (CAULFIELD, 2000, p.315).

Os dados dessa pesquisa mostram a dinâmica que se apresentou no Brasil da primeira metade do século XX.

Por sua vez, a análise aqui desenvolvida nas doutrinas penais da segunda metade do mesmo século, quando confrontadas com as representações apresentadas no tópico anterior apresentam uma correspondência entre a figura da mulher

²⁰ É importante pontuar que a pesquisa também constatou os efeitos da raça com relação aos homens, tendo em vista que à medida que a cor do réu ficava mais escura, a probabilidade de pronúncia aumentava (CAULFIELD, 2000, p.315)

desonesta construída pelos doutrinadores e a figura da mulher negra retratada no imaginário social.

O diálogo entre esses dados leva a crer que a ausência do elemento racial explícito nas doutrinas no momento de se referir às mulheres entra na mesma dinâmica de preservação do discurso de “democracia racial” que, na prática, não abre mão de atuar baseado nos pilares racistas.

Analisa-se agora as implicações das construções doutrinárias aqui apresentadas na dinâmica de funcionamento do sistema de justiça criminal na atualidade, levando em consideração que provavelmente o racismo continua operando de forma velada nas brechas deixadas pelas entrelinhas interpretativas.

3.2.1 Mulheres: categoria que não alcança as negras

Observando a realidade das mulheres negras ao longo da história do Brasil, é possível perceber que quando se fala que aos homens foi reservado o espaço público e os estereótipos de virilidade/força e às mulheres teria sido imposta a esfera privada, destinada às relações familiares como o casamento, a sexualidade reprodutora e os cuidados com o lar e os filhos, traçando assim um padrão ideal de mulher recatada/doméstica/pacífica/frágil (ANDRADE, 2005, p.84-85), não é das mulheres negras que está se falando. Nessa perspectiva Soares (2001) nos diz que

a sua presença em locais públicos, embora fosse uma ocorrência natural – ela desempenhava relevantes papéis sociais naquela metrópole – quase sempre, seus comportamentos e atitudes eram rotulados de inoportunos ou até mesmo de extravagantes, de acordo com a mentalidade senhorial e patriarcal vigente. Essa visão certamente impunha à mulher, de uma maneira geral, papéis e procedimentos mais recatados. À mulher negra, contudo, devido a sua forma de inserção na sociedade escravista, foi negada a sua condição precípua de mulher, tornando-a, dessa maneira, apenas mais uma mercadoria senhorial (SOARES, 2001, p.35).

Como foi apresentado anteriormente, as mulheres negras desde muito cedo já ocupavam os espaços públicos; sua sexualidade era vista enquanto bestial e corruptora (ganhando no imaginário social os contornos da figura da prostituta); o lar do qual elas cuidavam (sofrendo as mais diversas violações) era o dos brancos; os

filhos dos quais elas cuidavam não eram os seus, já que o direito de exercer sua própria maternidade a elas era negado; e o casamento... o velho ditado racista responde: “preta pra cozinhar, mulata pra fornicar e branca pra casar”. É nesse sentindo que Sueli Carneiro (2003) vai dizer que

Quando falamos em mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estamos falando? Nós, mulheres negras, fazemos parte de um contingente de mulheres, provavelmente majoritário, que nunca reconheceram em si mesmas esse mito, porque nunca fomos tratadas como frágeis. Fazemos parte de um contingente de mulheres que trabalharam durante séculos como escravas nas lavouras ou nas ruas, como vendedoras, quituteiras, prostitutas... (CARNEIRO, 2003, p.50)

Assim, quando se fala das mulheres no Sistema de Justiça Criminal, observando o dualismo do estereótipo do homem ativo que ocupa o espaço público e seu correspondente criminoso perigoso no sistema penal *versus* a mulher e seu estereótipo de recato e passividade com sua correspondência na imagem de vítima, percebe-se que o estereótipo construído para as mulheres negras se aproxima mais daqueles do que destas.

Vera Andrade (2005, p.88) vai apontar que dentro das dinâmicas de atuação do sistema de justiça criminal, o controle informal exercido pela família, moral pública, escola, religião etc., tinha especial relevo no controle exercido sobre as mulheres, já que dentro dessa construção os papéis ideais de feminilidade estariam restritos ao espaço privado (ANDRADE, 2005, p.88). E, por sua vez, a criminalização por meio do sistema penal propriamente dito se daria da seguinte forma:

- a) Criminalizando (primariamente) condutas femininas (a mulher como autor de crimes) contra a pessoa (aborto, infanticídio, abandono de recém-nascido), crimes contra a família-casamento (bigamia, adultério), crimes contra a família-filiação (parto suposto, abandono de incapazes).
- b) Criminalizando (secundariamente) as mulheres quando exercitam papéis socialmente masculinos; ou seja, quando se comportam como homens, são violentas, usam armas.
- c) Criminalizando (secundariamente) as mulheres quando praticam infrações em contextos de vida diferentes dos impostos aos papéis femininos (não vivem em família ou as abandonam.). Aqui não apenas violam os tipos penais, mas a construção dos papéis de gênero como tal e o próprio “desvio socialmente esperado” (ANDRADE, 2005, p.89).

Dessa forma, nas condutas criminalizadas primariamente é possível perceber a tipificação de algumas condutas atribuídas historicamente às mulheres negras (como é o caso do infanticídio). E na criminalização secundária, depara-se com a criminalização das mulheres em si, por violarem principalmente o código moral estabelecido socialmente, por fugirem daquilo que era esperado da figura feminina, e nesse ponto, também já foi visto que esse controle vem sendo exercido sobre as mulheres negras desde o período escravista, tanto nas casas senhoriais, quanto nas ruas e instituições policiais.

Analisando especificamente a dinâmica que envolve os crimes sexuais, é possível perceber que os estereótipos dos papéis de gênero são acionados de forma ainda mais explícita, seja pela legislação, pela doutrina ou pelo judiciário.

A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, protege-se, latente e diretamente a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões), que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo (ANDRADE, 2005, p.98).

E sendo esses os principais aspectos que envolvem a tutela da sexualidade feminina, percebe-se que o lugar de vítima ideal não está em disputa para as mulheres negras, uma vez que “o acesso à posição de vítimas – seja em qual for a posição teórica adotada – sempre exige algum nível de empatia, solidariedade e alteridade em dimensões que, no que se refere às pessoas negras, estão bloqueadas pelo racismo” (FLAUZINA; FREITAS, 2017, p.66).

No caso das mulheres negras não há sexualidade honesta a ser protegida, porque elas que foram colocadas enquanto as responsáveis por seduzir os homens brancos com a sua luxúria e sexualidade exacerbada. Não há que se falar em proteção de seus casamentos e famílias, porque elas que foram colocadas enquanto as destruidoras de lares e que precisavam ser controladas de perto. Não há reprodução legítima a ser resguardada, pelo contrário, há reprodução a ser contida, uma vez que é por meio de sua reprodução que a sociedade está cheia de negras e negros supostamente degenerados que diariamente colocam em risco a ordem social. E

assim sendo... não há que se falar em vítima, porque é essa mulher negra a grande culpada (direta e indiretamente) da desordem pública e da crise da moral sexual e social.

Quando as mulheres reivindicam o posto de vítima que, teoricamente, teria sido destinado a elas, os mecanismos de controle do sistema punitivo se encarregam de averiguar se elas correspondem à figura ideal de mulher que o sistema se propõe a tutelar. Dessa forma, o processamento dos crimes sexuais acaba assumindo um caráter de julgamento das biografias de vítimas e autores no intuito de verificar sua correspondência ao papel de vítima (FLAUZINA, 2006, p. 129).

Fazendo essa análise, Vera Andrade (2005) aponta o que ela denominou de “lógica da honestidade”, que, segundo a autora, se configura enquanto

(...) uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher, lógica 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 da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas (ANDRADE, 2005, p.90-91).

Assim, na prática, o julgamento dos crimes sexuais não significa o julgamento da violência contra a liberdade sexual da mulher, mas sim o julgamento de seu comportamento e de sua vida como um todo. E tendo em vista que, como a própria doutrina já aponta, esses são crimes que geralmente acontecem sem a presença de testemunhas, o conjunto probatório reduz-se ao depoimento da vítima e à prova pericial.

Como Vera Andrade (2005) constatou na sua pesquisa feita a partir da análise de julgamentos de crimes sexuais em Florianópolis na década de oitenta, exigia-se que a palavra da vítima fosse corroborada por outros elementos probatórios.

O que se pode perceber, pelos discursos analisados, é que estes “outros elementos probatórios” nada mais são do que a vida pregressa da própria vítima. Ora, se o conjunto probatório se reduz, muitas vezes, à própria palavra da vítima então está a se exigir que sua palavra seja corroborada... por sua vida pregressa, por sua moral sexual ilibada, por seu recato e pudor. Existindo ou não laudo pericial, ou ainda prova testemunhal, mesmo em situações de

flagrante delito, a palavra da vítima perde credibilidade se não for ela considerada “mulher honesta”, de acordo com a moral sexual patriarcal ainda vigente no SJC (ANDRADE, 2005, p.93).

E no caso das mulheres negras, que já enfrentam o problema de não terem sua palavra credibilizada em decorrência do racismo que permeia a imagem delas construída, a própria prova pericial também se torna mais um elemento que vai corroborar com o seu (não) lugar de vítima.

Ao analisar o artigo “As formas do hímen” escrito por Nina Rodrigues, Naila Franklin (2017) vai apontar que o médico afirmava que as negras e mestiças possuíam um tipo de hímen que se assemelhava ao hímen rompido (FRANKLIN, 2017, p.123). Analisando um dos casos que Rodrigues relata em seu trabalho, a autora vai nos dizer:

Notamos uma evidente diferença de tratamento dos casos entre negras e brancas. Enquanto a jovem branca de 18 anos é descrita como vítima e possui todo o apoio do aparato familiar e também do médico legal (criminológico) em relação à sua denúncia, com as negras a situação se inverte. Como as mesmas possuíam uma forma de hímen que se assemelhava muito ao hímen rompido, de acordo com as considerações do médico, a possibilidade de serem vítimas de estupro ou atentado violento ao pudor seria mais duvidosa. E podemos dizer que aí se delinea uma das chaves interpretativas do entendimento da palavra da vítima mulher em situação de violência sexual: a vitimização está intrinsecamente ligada à branquidade (FRANKLIN, 2017, p.124).

Assim, cabe à mulher provar que ela é uma vítima real e não a vítima simulada da qual os doutrinadores tanto falam. No entanto, fica evidente que essa vítima mulher idealmente construída e tutelada pelo sistema de justiça criminal é a mulher branca. A perpetuação dos estereótipos racistas nas dinâmicas sociais brasileiras, obstaculiza às mulheres negras a possibilidade de disputarem o lugar de vítima e de terem suas denúncias validadas.

Na dinâmica das engrenagens de controle, a legislação tutela os bens jurídicos que guardam correspondência com os interesses de manutenção de poder dos grupos socialmente dominantes, colocando-os enquanto um resguardo à ordem e à moral média; a doutrina se encarrega de traçar as linhas interpretativas que devem guiar a atuação dos julgadores, reforçando, para isso, os estereótipos historicamente construídos com base nos pilares de racismo, sexismo e classismo que constituem a

sociedade brasileira e que são refletidos no sistema de justiça como um todo; e os juízes fecham o cerco de controle, aplicando o Direito a partir das convenções sociais e de argumentos moralizantes. Nessa dinâmica, as mulheres negras figurando enquanto vítimas é uma peça que não encaixa na engrenagem.

3.2.2 Uma honestidade que ultrapassa os crimes sexuais

Em que pese a entrada em vigor da Lei nº 11.106/2005 que por fim retirou do Código Penal a expressão “mulher honesta”, a categorização das mulheres, que nas doutrinas penais tem sua principal construção dentro do capítulo que trata dos crimes sexuais, não só continuou reverberando, como passou a ser acionada para além desses. Move-se, assim, o sistema de justiça criminal como um todo, dando a tônica da sua atuação, seja quando as mulheres estão pleiteando o lugar de vítima, ou quando criminalizadas pelo cometimento de algum ilícito.

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é um exemplo de como a valoração da honestidade é acionada em outros crimes. A entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, foi um grande passo no sentido de evidenciar o reconhecimento legal da esfera doméstica enquanto um espaço de reprodução e manutenção de violências. Saiu-se, assim, do lugar comum que atrela o ambiente doméstico e familiar à imagem de um local absolutamente seguro para as mulheres e que não caberia ao poder público intervir nos fatos que lá ocorressem.

Contudo, embora o advento dessa lei venha enquanto um resultado da luta dos movimentos de mulheres por uma maior proteção e a legislação não faça menção à honestidade dessas para que possam figurar enquanto vítima de tais violências, na prática a “lógica da honestidade” segue sendo reproduzida dentro do judiciário. Dessa forma, a proteção que se pleiteava fica condicionada ao juízo de honestidade que começa a ser feito já nas Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres e se estende ao longo de todo o processo criminal. (ANDRADE, 2005)

Nesses casos, para além de toda questão que envolve o conflito entre as mulheres negras e a imagem ideal de vítima que foi traçada, também se depara com o fato de que as particularidades que envolvem as violências por elas sofridas não

são levadas em consideração. Nesse sentido Tânia Almeida e Bruna Pereira vão apontar:

Lúbricas, dotadas de grande força física, sujas, maliciosas, sedutoras, animais e putas são algumas das adjetivações que fazem referências a elas, e que perpassam os sentidos, as expectativas e práticas segundo os quais vivenciam seus relacionamentos interpessoais – inclusive aqueles que se encontram perpassados pela violência doméstica e familiar.

Ou seja, enquanto as mulheres brancas vivenciam esse tipo de violência com base na sua condição de gênero, as mulheres pretas e pardas a vivenciam também pela sua condição de raça, na medida em que os insultos, ofensas e agressões que recebem adquirem sentido também a partir de seus traços diacríticos, que as remetem a um longo processo de opressão iniciado com a escravidão e à sua objetificação constante. (ALMEIDA; PEREIRA, 2012, p. 56)

Analisando as discussões travadas por Tânia Almeida e Bruna Pereira também é possível perceber como os estereótipos atrelados às mulheres negras dão a tônica dos papéis designados em suas relações afetivas.

A outra face da violência doméstica contra as mulheres pretas e pardas emerge quando se atenta para os papéis a elas designados em suas relações afetivas e íntimas, ou seja, no contexto doméstico e familiar em sentido mais amplo. A eles se referem os supostos atributos intelectuais, morais, eróticos, estéticos e sexuais que lhe são atribuídos pelo imaginário social de uma cultura concomitantemente racista e sexista. São representações que orientam posturas e práticas violentas contra as mulheres pretas e pardas por parte de seus companheiros, e que abrangem: a constante fiscalização de sua sexualidade, na medida em que são consideradas hipersexualizadas; a negação de sua sexualidade, uma vez que seus atributos estéticos estão distantes daqueles atribuídos às mulheres brancas, tomados como padrão de beleza; a violência sexual, como forma de humilhação e/ou pela desconsideração de sua humanidade; as humilhações degradantes, com ou sem a presença do insulto racial, ancoradas na percepção de seu status socialmente subalterno; a exploração econômica dos recursos obtidos pelo seu trabalho remunerado, com base na imagem de que são trabalhadoras incansáveis e que o mero fato de se relacionar com elas constitui, por si só, um favor, que deve ser retribuído; a exploração de seu trabalho no âmbito doméstico, com base na imagem de que são naturalmente cuidadoras; a agressão física brutal, que parte do pressuposto de sua força física avantajada. (ALMEIDA; PEREIRA, 2012, p. 58-57)

Dessa forma, as mulheres negras experienciam tais violências a partir do entrecruzamento de suas condições de gênero e raça dentro de suas relações afetivas. E por sua vez, quando buscam uma proteção por meio do sistema de justiça criminal acabam esbarrando em um sistema que se vale das mesmas bases de subalternização, implicando, com isso, em uma maior dificuldade para serem percebidas enquanto vítimas legítimas. E, quando o são, apenas a violência de gênero

é considerada, deixando de lado a forma como o racismo agrava a violência por elas sofrida.

Na mesma esteira encontra-se a aplicação da Lei nº 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (art.121, CP) e a sua inclusão no rol dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

A qualificadora do feminicídio é anunciada enquanto uma proteção contra o assassinato de mulheres por razões da condição do sexo feminino, em situações envolvendo violência doméstica e familiar e nos casos que se apresente menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Sendo uma violência perpetrada pela rede de contato íntimo das mulheres, especialmente por seus companheiros, essas mortes fazem parte da dinâmica de gênero que ecoa que os corpos se esvaem em relações de poder que ditam quem pode matar e quem deve morrer (FLAUZINA, 2016, p.96).

Dentro desse cenário, a dinâmica de atuação do judiciário não foge daquela apresentada até agora. A lógica de honestidade, com todas suas implicações no que diz respeito às mulheres negras, seguiu sendo usada para delimitar se as mulheres mortas teriam sido vítimas de feminicídio ou não.

Dessa forma, é possível perceber que mesmo entrando em um novo século as lentes interpretativas usadas para analisar e julgar os casos que envolvem as mulheres (seja no polo ativo ou passivo) permanecem estreitamente ligadas aos pilares de racismo e sexismo, reafirmando os estereótipos que as doutrinas apresentam desde o século XX e que ganham concretude na aplicação do Direito. Enquanto o sexismo se encarrega de trazer a lógica da honestidade para guiar a interpretação do julgador quanto a ponderação de qual lugar a mulher vai ocupar dentro do sistema punitivo (vítima ou infratora), o racismo se encarrega de definir quase que absolutamente o lugar das mulheres negras: culpadas.

No dia 12 de março deste ano (2021) talvez tenha se dado um passo em direção ao que diz respeito à retirada da utilização dos questionamentos da honra das mulheres na aplicação do Direito. Em sessão virtual (de 05 a 12 de março) o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, que a tese de legítima defesa da honra é inconstitucional.

A decisão do STF vem como referendo da liminar concedida pelo ministro Dias Toffoli (relator) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). A ADPF 779 tinha por objetivo afastar a tese da legítima defesa da honra e fixar o entendimento sobre a soberania dos veredictos, uma vez que, como apresentado pelo autor, em decisões do Tribunal de Justiça vereditos do tribunal do júri em que se absolvem réus processados pela prática de feminicídio com fundamento na tese da legítima defesa da honra ora eram validados, ora eram anulados. Apontando também a existência de divergências de entendimento sobre o tema entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O autor da referida ADPF defendia a necessidade de concordância prática do conteúdo da soberania dos veredictos do tribunal do júri com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como com a proibição constitucional de preconceitos e discriminações e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com sua decisão o STF firmou o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero, obstando, como isso, à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento

Dessa forma, com a discussão trazida pela ADPF 779 e a decisão do STF, existe uma possibilidade de a lógica da honra passar a ser ainda mais questionada e, posteriormente, ser banida na prática do judiciário. No entanto, o que ela traz de dado concreto até o momento é que, mesmo tendo saído expressamente do código penal nacional em 2005, o elemento “honra” segue sendo guia dos argumentos utilizados em vias judiciais, seja pelas partes ou pelo julgador, para descaracterizar a vitimização das mulheres.

CONCLUSÃO

Principal base interpretativa utilizada pelos juristas para aplicar o Direito, as doutrinas, embora se apresentem enquanto neutras, se mostraram indissociáveis das condições econômico-sociais daqueles que as escrevem, bem como, do espaço no qual estão inseridas.

Ao observar o pensamento jurídico-penal construído ao longo das doutrinas analisadas nessa pesquisa foi possível evidenciar que os doutrinadores traçaram categorias de mulheres intimamente ligadas aos pilares patriarcais da sociedade brasileira. Ao delimitar uma linha divisória que separa as mulheres tidas como honestas, daquelas colocadas enquanto desonestas, os autores definiram também que a tutela penal deve destinar-se apenas às primeiras.

A discussão travada por esses homens teve como ponto central a busca pela preservação de elementos como “pudor público”, “moral pública” e “honra sexual e familiar”, sendo estes fatores determinantes para a delimitação de quais mulheres devem ser tuteladas. Esses entendimentos se mostram tão fortes para os doutrinadores que se apresentam até mesmo quando os autores estão falando de crimes que não trazem nenhuma categoria de mulher em sua redação legal (como é o caso do estupro, por exemplo). Bem como, tais construções se mostraram sólidas o bastante para permanecerem substancialmente inalteradas durante toda a segunda metade do século XX.

No entanto, em uma sociedade estruturada em bases racistas e que compartilha com o sistema punitivo estas mesmas raízes, é evidente que a raça constitui elemento central. Por tratar-se de uma sociedade que tentou apagar sua história de discriminação racial, essa ligação entre seletividade e racismo não se apresenta expressamente nas linhas das doutrinas. Foi preciso ler nas entrelinhas da construção do pensamento jurídico-penal para que se pudesse perceber a forma como a raça atua enquanto elemento que dá forma concreta à mulher que os doutrinadores colocam enquanto idealmente tutelável.

É só depois de apresentar a forma como a imagem das mulheres negras presente no imaginário social é construída com base nos estereótipos de sexualidade

naturalmente exacerbada e personalidade agressiva que se pode evidenciar as correspondências entre elas e as das mulheres colocadas à margem da tutela penal. Da mesma forma, é racializando as representações históricas que se percebe que o padrão de mulher tutelável que se apresenta nos textos doutrinários está ligado à imagem social da mulher branca.

Quando se passa para a análise da mulher negra no sistema de justiça criminal também se identifica a mesma dinâmica apresentada pelas doutrinas. Embora se evite referência à raça, as pesquisas mostraram que ela é um fator determinante nas decisões dos operadores do Direito. Assim como nas doutrinas, nas decisões judiciais o elemento racial é suprimido, mas ele vai se expressar justamente naqueles conceitos abertos que os doutrinadores colocam enquanto ponto-chave para determinar se a mulher é honesta ou desonesta, e, conseqüentemente, tutelável ou não tutelável.

Dessa forma conclui-se que para construir a imagem das mulheres tuteláveis os doutrinadores se valem de conceitos supostamente abertos, mas que esses conceitos são justamente a margem interpretativa que os doutrinadores deixam para que os juristas possam atuar com base no racismo sem precisar explicitá-lo.

Os conceitos teoricamente abertos passam, então, a ser preenchidos pela construção social que foi feita de cada mulher. Dessa forma, das linhas às entrelinhas, as doutrinas constroem a imagem da mulher branca como idealmente tutelável. Por seu turno, as mulheres negras ocupam idealmente o espaço de representação destinado àquelas mulheres cujas violações dificilmente serão vistas como tal, uma vez que os atos praticados contra elas são vistos enquanto uma conseqüência das suas próprias características naturais. Essa representação vai acabar repercutindo no sistema de justiça criminal nos dados de uma maior possibilidade de as mulheres brancas alcançarem a tutela penal do que as mulheres negras.

Dessa forma, o machismo que opera tanto nas doutrinas penais, quanto nas esferas de atuação do sistema de justiça criminal coloca as mulheres brancas em uma posição na qual para que a “proteção penal” seja concedida elas não podem macular os papéis sociais a elas atribuídos e pelas doutrinas reafirmados.

Contudo, no caso das mulheres negras o racismo as coloca em um ponto de partida diferente. Primeiramente elas precisarem romper a barreira de invisibilização colocada por uma escrita jurídico-doutrinária que deixa o racismo nas entrelinhas, para só depois começar uma busca pela desvinculação da imagem socialmente a elas atribuída. Caso tenha sucesso nessa caminhada, elas enfim começam a disputar um lugar de tutela, sem perder de vista, entretanto, que ele foi doutrinariamente construído a partir de uma outra imagem de mulher, a da mulher branca idealizada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de; PEREIRA, Bruna Cristina Jaquette. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHERES PRETAS E PARDAS NO BRASIL: reflexões pela ótica dos estudos feministas latino-americanos. **Crítica e Sociedade**: revista de cultura política, Uberlândia, v. 2, n. 2, p. 42-63, dez. 2012.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, 21, pp. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi. 2017.

ALVES, Marcelo Mayora. **OS PENALISTAS NA DITADURA CIVIL-MILITAR**: as ciências criminais e as justificativas da ordem. 2016. 413 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Recife: Ed. do Autor, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXV, n. 50, p.71-102, 2005.

ASCOM-DPPE. Defensoria Pública Lamenta o Falecimento do Professor, Advogado e Defensor Público Aposentado Roque De Brito Alves. Disponível em: http://www.defensoria.pe.def.br/defensoria/?x=interna&cod_conteudo=6399. Acesso em: 15 set. 2021.

CARNEIRO, Sueli. “Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero”. In: *Racismos Contemporâneos*, Rio de Janeiro: Takano Editores, 2003.

_____. Gênero, raça e ascensão social. In: CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 89-102.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. **O DITO PELO NÃO DITO**: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

CASTRO, Lana Weruska Silva. **O crime passional de Doca Street**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CASTRO, Lola Aniyar de. El Pecado de Eva: un castigo con exceso de equipaje: las mujeres infractoras. In: CASTRO, Lola Aniyar de. **Entre la Dominación y el Miedo: nueva criminología y nueva política criminal**. Mérida: Nuevo Siglo, 2003. p. 111-126.

CAULFIELD, Sueann. Uniões Honradas: a importância da cor no sexo e no casamento. In: CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no rio de janeiro (1918-1940)**. Campinas: Editora da Unicamp, 2000. p. 269-316.

CONSTATINO, Núncia Santoro de. Pesquisa histórica e análise de conteúdo: pertinência e possibilidades. **Estudos Ibérico-Americanos**. V. 28, n.1. p. 183-194. Porto Alegre, 2002.

CORRÊA, Mariza. Raimundo Nina Rodrigues e a “garantia da ordem social”. **Revista Usp**, São Paulo, n. 68, p. 130-139, fev. 2006.

DAMÁSIO EDUCACIONAL. **Damásio de Jesus**. Disponível em: <https://www.damasio.com.br/institucional/quem-somos>. Acesso em: 25 jan. 2021.

DAVIS, Angela. Estupro, Racismo e o mito do estuprador negro. In: DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016. Cap. 11. p. 177-204.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro**. Brasília: Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2006.

_____. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 23/24, p. 95-106, 2016.

_____; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol.135. ano 25. p. 49-71. São Paulo: Ed. RT, set.2017.

FLEURY, Luiz Antonio. **Homenagem póstuma ao ilustre jurista Júlio Fabrini Mirabete**. Disponível em: <http://www.fleuryfilho.com.br/02032004.html>. Acesso em: 25 jan. 2021.

FRAGOSO ADVOGADOS. **HELENO FRAGOSO**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/quem-somos/helena-fragoso/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962. 2 v.

_____. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **RAÇA, GÊNERO E CRIMINOLOGIA: Reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da criminologia positivista de Nina Rodrigues**. Brasília: Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2017.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **A CRIMINOLOGIA NO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL**. 2014. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

GOES, Luciano. **A tradução do Paradigma Etiológico de Criminologia no Brasil: Um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues na Perspectiva Centro-Margem**. Florianópolis: Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

GONZALEZ, Lélia. A mulher negra na sociedade brasileira: uma abordagem político-econômica. In: GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

_____. Democracia Racial?: nada disso!. In: GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

_____. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos Crimes Sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de. **Comentários ao Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 3 v.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSPODIVM. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL - VOL. I - TOMO I (2019)**:
descrição. Descrição. Disponível em:
<https://www.editorajuspodivm.com.br/comentarios-ao-codigo-penal-vol-i-tomo-i-2019>.
Acesso em: 15 set. 2021.

LAGO, Laurenio. **Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos 1828-2001**. 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001. p. 355-357.

LEIPNITZ, Guinter. Pesquisa historiográfica e documental: diálogos entre história e direito a partir de escrituras públicas de contratos. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 1-428.

LEMOS, Renato. **NELSON HUNGRIA HOFFBAUER**. Disponível em:
<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/nelson-hungria-hoffbauer>. Acesso em: 25 jan. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. 2 v.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 3 v.

_____. **Direito Penal: introdução e parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O SABER DOS JURISTAS E O CONTROLE PENAL**: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2012. 292 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

RAIMUNDO, Valdenice José. RESISTENCIA: O Caminho Para o Enfrentamento Às Diversas Formas De Violência Que Impactam A Vida Das Mulheres negras. **Cadernos do CEAS**, Salvador/Recife, n. 243, p. 75-90, jan./abr., 2018

RAMOS, Elival da Silva. **Discurso de Posse - Elival da Silva Ramos**. Disponível em: <https://aplj.org.br/publicacoes/artigos/pronunciamento-de-elival-ramos-1-12-2015.html>. Acesso em: 25 jan. 2021

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOARES, Cecília Moreira. **Mulher negra na Bahia do século XIX**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação em História. Universidade Federal da Bahia: 1994.

_____. A negra na rua, outros conflitos. In: **Fazendo Gênero na Historiografia baiana**. Salvador: NEIM/UFBA, 2001.

STF. Plenário. ADPF 779, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2021.

VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. MULHERES E CONTROLE POLICIAL NO RECIFE DO INÍCIO DO SÉCULO XX. **Cadernos do Ceas**, Salvador, n. 238, p. 659-677, 2016.