



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GEÓRGIA OLIVEIRA ARAÚJO

**AS REPRESENTAÇÕES DA MULHER NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E A
TUTELA JURÍDICA DA SEXUALIDADE FEMININA**

FORTALEZA

2018

**AS REPRESENTAÇÕES DA MULHER NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E A
TUTELA JURÍDICA DA SEXUALIDADE FEMININA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Criminologia.

Orientador: Prof.^a. Dr.^a Gretha Leite Maia.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A689r Araújo, Geórgia Oliveira.
AS REPRESENTAÇÕES DA MULHER NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E A TUTELA JURÍDICA DA
SEXUALIDADE FEMININA / Geórgia Oliveira Araújo. – 2018.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia.

1. Gênero. 2. Violência Sexual. 3. Mulher Honesta. 4. Criminologia Crítica. 5. Feminismo. I. Título.

CDD 340

GEÓRGIA OLIVEIRA ARAÚJO

**AS REPRESENTAÇÕES DA MULHER NO CÓDIGO PENAL DE 1940 E A
TUTELA JURÍDICA DA SEXUALIDADE FEMININA**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Criminologia.

Aprovada em: __/__/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Cynara Monteiro Mariano
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Idalzira e Evandy,
as mulheres mais fortes que conheço.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Evandy, por ter segurado minha mão desde o primeiro instante desta vida, apoiando-me em todos os momentos, e por ser o exemplo de mulher que me faz ter força para lutar pelos meus sonhos. Ao meu pai, Elgma, pelos conselhos, brandos e duros, pelos momentos de reflexão e brincadeiras, pelas provocações e pelo gosto musical que herdei tão bem. A Juhlie, pelo apoio silencioso nos dias de estudo árduo e por me ver com olhos cheios de carinho.

A minha avó, Idalzira (*in memoriam*), por ser a luz da minha vida e por ter me dado milhões de beijos e abraços e as melhores memórias. Aos meus familiares, pelo carinho e atenção. Em especial, agradeço a meus tios, Edvany e Joan, pelos exemplos de perseverança e sabedoria que representam para mim.

Ao Felipe, pelo companheirismo, pela amizade e pela ternura de cada palavra.

A todos aqueles que pude chamar de amigos, pessoas essenciais em todos os momentos dessa trajetória, agradeço com palavras melhores que as minhas: “quero desejar, antes do fim, pra mim e os meus amigos muito amor e tudo mais; que fiquem sempre jovens e tenham as mãos limpas e aprendam o delírio com coisas reais”. Obrigada especialmente à Ana Carolina Lessa Dantas, Eduardo Cristino e Luana Adriano, por terem aceitado o difícil papel de confiança que veio junto da nossa amizade. Sou extremamente grata pela existência de todos.

A minha orientadora, Professora Gretha Leite Maia, por ter me mostrado os caminhos da docência, da pesquisa e da paciência, em quatro anos de parceria maravilhosa. Faltam palavras para agradecer e expressar o quanto seu exemplo e amizade são importantes para mim.

Ao amigo e Professor Raul Nepomuceno, agradeço por este tema, construído ao longo das aulas de Criminologia, bem como pela influência e ajuda indispensáveis a essa pesquisa e a minha formação.

Ao Professor Gustavo Cabral, pela experiência inestimável na monitoria de iniciação à docência na cadeira de Ciência Política e Teoria Geral do Estado, e a todos os docentes que ao longo deste longo curso me inspiraram e me motivaram a permanecer firme no caminho que escolhi traçar.

Aos servidores da Biblioteca da Faculdade de Direito, pela disponibilidade em auxiliar a pesquisa bibliográfica realizada para este trabalho, me ajudando a desbravar as

obras quase centenárias do antiquariato. Ao Caio de Lima e ao Moisés Souza (Xuxu), pela ajuda, amizade e pelos momentos de diversão diários.

Aos projetos Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU), Grupo de Pesquisa Democracia e Direito (GPDD) e Núcleo de Artes, pela inestimável experiência de extensão e pesquisa. A Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil (AJURE), pela honrosa experiência de estágio.

A todas as mulheres que enfrentaram os cursos de Direito no Brasil, suportando durante 69 anos a misoginia de um código conservador e registrando, nos cantos dos livros que eram obrigadas a ler e repetir em sala de aula, sua indignação com um sistema opressor e desonesto que exigia delas, antes de qualquer coisa, a honestidade.

Obrigada a todos pelo imenso apoio que me deu forças para realizar este trabalho.

*A mulher de dentro de cada um não quer
mais silêncio*

*A mulher de dentro de mim cansou de
pretexto*

*A mulher de dentro de casa fugiu do seu
texto*

E vai sair de dentro de cada um

A mulher vai sair de dentro de quem for

A mulher é você

Dentro de Cada Um – Elza Soares

*Tudo o que os homens escreveram sobre as
mulheres deve ser suspeito, pois eles são, a
um só tempo, juiz e parte.*

François Poullain de la Barre

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar, sob o prisma da criminologia crítica feminista, as construções doutrinárias elaboradas pela doutrina jurídica brasileira acerca dos crimes de natureza sexual, denominados originalmente pelo Código Penal de 1940 como Crimes contra os Costumes. Busca compreender como a inclusão de expressões como “mulher virgem” e “mulher honesta” ao texto legal impactaram o tratamento à mulher vítima de violência sexual. Debruça-se, portanto, sobre a mentalidade estabelecida no Brasil acerca da sexualidade feminina e da proteção da moral sexual enquanto bem penalmente tutelado, por meio do exame bibliográfico dos registros sociais e obras jurídicas produzidas nesse contexto. Analisa igualmente as possibilidades teóricas do estudo do sistema penal pelo viés crítico da criminologia, abordando não apenas o paradigma da reação social, mas também a utilização do gênero enquanto categoria de análise útil ao saber criminológico. Questiona acerca do papel do Direito enquanto normalizador das condutas sociais e como instrumento de tutela da sexualidade da mulher e limitador de sua autonomia. Conclui pela incapacidade do sistema penal de proteger as mulheres das situações de violência sexual e pela necessidade do estabelecimento de políticas públicas de caráter multidisciplinar como alternativa eficaz e coerente de combate à violência de gênero.

Palavras-chave: Gênero. Violência Sexual. Mulher Honesta. Criminologia Crítica. Feminismo

ABSTRACT

The main purpose of the present work is to analyze, from the perspective of feminist critical criminology, the doctrinal constructions elaborated by the Brazilian juridical doctrine on sexual offenses, originally denominated by the Criminal Code of 1940 as Crimes against the Customs. It seeks to understand how the inclusion of expressions such as "virgin woman" and "honest woman" in the legal text impacted the treatment of victims of sexual violence. Therefore, it focuses on the mentality established in Brazil about the female sexuality and the protection of sexual morality as a legal good, through the bibliographic examination of the social records and legal works produced in this context. It also analyzes the theoretical possibilities of the study of the criminal system by the critical criminology, addressing not only the paradigm of social reaction, but also the use of gender as a category of analysis useful to criminological knowledge. It questions about the role of law as a normalizer of social behavior and as an instrument to custody women's sexuality and limit their autonomy. It concludes by the inability of the legal system to protect women from sexual violence and the need to establish multidisciplinary public policies as an effective and coherent alternative to fight gender violence.

Keywords: Gender. Sexual Violence. Honest Woman. Critical Criminology. Feminism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CÓDIGO PENAL DE 1940 E A DEFESA DA MORAL SEXUAL	12
2.1	Projetos para uma codificação penal brasileira do século XX	12
2.2	Os Crimes contra os Costumes e a normalização sexual da sociedade	17
2.1.1	<i>A crise moral da modernidade brasileira</i>	17
2.1.2	<i>Os novos crimes sexuais: os costumes como bem jurídico tutelado</i>	21
2.3	Reformas legislativas dos crimes sexuais	23
2.3.1	<i>A Lei 11.106/2005 e a retirada da expressão “mulher honesta”</i>	24
2.3.2	<i>A Lei 12.015/2009 e a noção de Dignidade Sexual</i>	26
3	REPRESENTAÇÕES DA MULHER NA SOCIEDADE: A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL	29
3.1	A construção social do tipo penal	29
3.2	Representações sociais e jurídicas da mulher no Código Penal de 1940: honesta e virgem	32
3.2.1	<i>Estupro e Atentado violento ao pudor</i>	32
3.2.2	<i>Posse sexual mediante fraude e Atentado ao pudor mediante fraude</i>	35
3.2.3	<i>Sedução e Rapto</i>	36
3.3	Crimes Sexuais: entre relações de vitimização e culpabilização	38
4	UMA ABORDAGEM CRÍTICA AO DIREITO PENAL: A CRIMINOLOGIA CRÍTICA FEMINISTA	42
4.1	O poder punitivo sobre a mulher e a caça às bruxas	42
4.2	A necessidade de uma Criminologia Feminista	44
4.2.1	<i>A desconstrução do Direito Penal pela Criminologia Crítica</i>	45
4.2.2	<i>A introdução do paradigma de gênero na Criminologia</i>	48
4.3	O Direito Penal como disciplinador da mulher e a tutela jurídica da sexualidade feminina	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira recém-chegada ao século XXI alvoroçou-se ao perceber que seu Código Penal ainda portava em sua redação termos como “conjunção carnal”, “mulher honesta”, “mulher virgem” e “costumes” para referir-se aos crimes de violência sexual. A perspectiva em vigor por quase 70 anos no Brasil privilegiava a proteção aos bons costumes da sociedade e da família, buscando criminalizar não tanto a violação da liberdade sexual da mulher, mas principalmente condutas que violassem a ética sexual que era socialmente estabelecida para homens e, principalmente, para mulheres.

Apesar da propositura e aprovação de projetos dedicados a mudar o tratamento dado pelo diploma penal a esses crimes, a mentalidade construída acerca da existência de uma moral sexual e da sexualidade feminina permanece presente no cotidiano da mulher.

A partir destas constatações, questiona-se: em qual contexto foram elaborados os tipos penais que traziam critérios de honestidade e virgindade para a caracterização da vítima? Por quais motivos os crimes contra os costumes permaneceram inalterados por tantas décadas? Qual foi o discurso da doutrina jurídica em relação aos crimes contra os costumes? Qual a relação entre o poder punitivo exercido pelo Direito Penal e a condição da mulher na sociedade? Qual o papel do movimento feminista e das categorias construídas por ele na análise do Direito?

Tendo em vista as questões apresentadas, o presente trabalho tem como objetivo analisar as construções doutrinárias elaboradas pela doutrina jurídica brasileira acerca dos crimes de natureza sexual, denominados originalmente pelo Código Penal de 1940 como Crimes contra os Costumes. Ademais, pretende examinar como a legislação em comento está relacionada com a função normalizadora do Direito Penal no âmbito da tutela da sexualidade feminina.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a de análise bibliográfica envolvendo não apenas o estudo da literatura acerca dos temas abordados, mas também a revisão da doutrina constituída acerca dos crimes contra os costumes desde 1940 até reformas elaboradas na primeira década do século XXI. Foram utilizados como referenciais teóricos neste trabalho as proposições e questionamentos elaborados pela Criminologia Crítica, bem como o desenvolvimento do gênero enquanto categoria de análise social e jurídica.

No primeiro capítulo buscou-se investigar sob qual contexto social ocorreu a elaboração de um novo Código Penal em 1940, destacando os responsáveis pela sua produção e revisão, bem como os interesses plasmados nos tipos penais que passaram a regular os crimes contra os costumes. Realizou-se também a análise dos crimes originalmente previstos na lei, por meio da leitura crítica da exposição de motivos que acompanhou a decretação da nova lei penal. Foi examinado o percurso legislativo que levou a mudança no tratamento dos crimes de violência sexual no início do século XXI, destacando igualmente as motivações que orientaram a transição para os crimes contra a dignidade sexual.

É importante destacar desde já que não serão explorados os crimes relativos à corrupção de menores, à exploração sexual e ao tráfico de pessoas, contidos no capítulo V do Código Penal, tendo em vista que a complexidade e controvérsia no tratamento destes temas determina a impossibilidade de abarcar sua análise pormenorizada neste trabalho de conclusão de curso.

No segundo capítulo foi abordada a formação do tipo na construção weberiana, para dar supedâneo à análise aprofundada dos tipos penais de violência sexual dos crimes contra os costumes, destacando o papel da doutrina jurídica na formação de uma mentalidade acerca da posição da mulher enquanto vítima “verdadeira” ou “falsa”. Utilizando o aporte da revisão bibliográfica das principais obras de doutrinadores importantes do direito penal e médico-legal, foi realizada a avaliação dos elementos objetivos e subjetivos dos tipos penais, bem como das construções de termos como “mulher honesta” e “mulher virgem”, essenciais para a caracterização da vítima em diversos delitos. Foi abordada, ademais, a relação entre vitimização e culpabilização das mulheres em crimes sexuais, iniciando o questionamento acerca da idoneidade do sistema penal.

Finalmente, o terceiro capítulo ocupou-se da relação entre as mulheres e poder punitivo, iniciada com a caça às bruxas que, em larga medida, foi responsável pela divisão sexual de homens e mulheres entre esfera pública produtiva e esfera privada. Foi também explorada a quebra de paradigma no estudo da criminalidade elaborada pela Criminologia Crítica, além das construções teóricas contemporâneas que levaram à introdução da análise de gênero ao pensamento criminológico e, por fim, o papel do Direito Penal enquanto normalizador da conduta feminina, notadamente na seara sexual.

2 O CÓDIGO PENAL DE 1940 E A DEFESA DA MORAL SEXUAL

Este capítulo tem por objetivo analisar o contexto sócio-político que levou à elaboração do Código Penal de 1940, bem como suas influências na seara legislativa e doutrinária. Para tal, será avaliada a evolução do projeto que culminou na codificação em tela, em especial dos crimes que pretendiam regular a conduta sexual dos indivíduos, notadamente das mulheres. A análise será estendida para a literatura produzida acerca do cenário social da época, bem como para o pensamento de seus expoentes, buscando desvelar a história das ideias que motivaram o reajuste da codificação penal. Ademais, será realizado um estudo da evolução das discussões e iniciativas legislativas que promoveram mudanças na legislação concernente aos crimes sexuais.

2.1 Projetos para uma codificação penal brasileira do século XX

“Com o atual Código Penal, nasceu a tendência de reformá-lo”¹. Com esta afirmação o então Ministro da Justiça Francisco Campos iniciou a exposição dos motivos que levaram a aprovação de um novo Código Penal, em substituição à legislação criminal de 1890. O Código Penal da Primeira República, de clara tendência autoritária, foi elaborado às pressas após a proclamação de 15 de novembro de 1889 e antes mesmo do estabelecimento de uma Constituição para o novo regime. A codificação foi duramente criticada durante todo seu período de vigência por conter atecnias e erros que, segundo os penalistas, dificultavam a prática forense e dos quais se beneficiavam os acusados².

Diversas foram as tentativas de reformar a legislação penal antes da instituição do Estado Novo. O projeto mais promissor, elaborado por Virgílio de Sá Pereira em 1927, permaneceu em discussão e revisão no Congresso por dez anos. No entanto, a decretação do Estado de Guerra³ e o subsequente início do regime ditatorial varguista interromperam a

¹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940. In: **Revista de informação legislativa**, v.6, nº 24, p. 120, out./dez. de 1969. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>> Acesso 14 de março de 2018.

² SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela do. Brasília: Atlas, 2003. 2v. (História do direito brasileiro)

³ BRASIL. **Decreto nº 2.005, de 02 de outubro de 1937**. Declara, pelo prazo de noventa dias, equiparada ao estado de guerra, a comoção intestina grave, em todo território nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2005-2-outubro-1937-472109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

tramitação do projeto em virtude do fechamento do Congresso Nacional. A extinção dos partidos políticos e a suspensão das garantias individuais abriram caminho para a instituição de uma nova Constituição, redigida por Francisco Campos, Ministro da Justiça e principal ideólogo do período varguista.

O Direito Penal constituiria uma das primeiras preocupações do regime que se estabelecia, tal como ocorreu no período da Primeira República. Apenas um mês após o início do Estado Novo, o Ministro Francisco Campos incumbiu Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito da USP e fundador da Sociedade Brasileira de Medicina Legal e Criminologia, da elaboração um novo projeto de codificação penal, abandonando as iniciativas já existentes no antigo Congresso. Alcântara Machado havia sido um dos principais dirigentes intelectuais da Revolução Constitucionalista contra o Governo Provisório de Vargas, além de ter atuado como membro da bancada constituinte que iniciaria em 1933 a elaboração da Constituição promulgada no ano seguinte⁴.

Apesar da aparente incongruência da atitude do jurista em atender ao chamado do novo regime, a situação era sintomática da complexa relação que se estabeleceu entre este e os intelectuais brasileiros: ao estabelecer uma trama entre tradição e modernização para um novo Brasil, o regime convocava a intelectualidade nacional à missão de ser a representante da consciência nacional⁵. No caso de Machado, o convite constituía oportunidade única de participar ativamente do estabelecimento de novos pressupostos científicos e políticos na seara criminal do país⁶.

Em maio de 1938, Alcântara Machado entrega ao Ministro da Justiça o anteprojeto de parte geral da nova legislação penal com 132 artigos e, em novembro do

⁴ MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, Belo Horizonte, p.61-87, abr. 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/24/23>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁵ Cf: OLIVEIRA, Lúcia Lippi. As raízes da ordem: os intelectuais, a cultura e o Estado. In: **A Revolução de 30: seminário internacional realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea da Fundação Getúlio Vargas**. Brasília, DF. Ed: Universidade de Brasília, c1982. p. 508.; VELLOSO, Mônica Pimenta. **Os intelectuais e a política cultural do Estado Novo**. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 1987. 56 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6604/803.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

⁶ Alcântara Machado sempre demonstrou interesse pela vida pública, tendo ocupado diversos cargos políticos, nos quais propôs medidas alinhadas ao seu posicionamento doutrinário. Maior exemplo desta afirmação foi o projeto proposto por ele em 1927, enquanto senador do estado de São Paulo, para a criação do Manicômio Judiciário de São Paulo. Cf: FERLA, Luís Antônio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida** - do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). 2005. Tese (Doutorado em História Econômica) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. P. 68. doi:10.11606/T.8.2005.tde-26052005-184255. Acesso em: 19 mar 2018.

mesmo ano, o projeto completo com 390 artigos. Denominado de Código Criminal Brasileiro, diversos pontos destacam-se deste documento, como a existência da pena de morte, a diferenciação entre pena e medida de segurança e sua estruturação, que trazia crimes contra a Nação antes dos crimes contra a pessoa. O autor destacava a virtude da legislação, elaborada de acordo com condições políticas e sociais do tempo e em atenção às necessidades do novo regime:

Os movimentos subversivos de 1935 patentearam a gravidade e a extensão dos perigos a que nos expunha a deficiência do nosso aparelhamento repressivo. A Constituição de 10 de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido à política nacional, tornando imperiosa a mudança das diretrizes penais. Reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política, são imperativos a que não pode fugir o legislador em países organizados da maneira por que atualmente se encontra o nosso.⁷

O projeto de Código Criminal elaborado por Machado foi inspirado pelo Código Penal italiano de 1930⁸, redigido majoritariamente pelo político e jurista Alfredo Rocco. Apesar de não ter sido a única legislação a influenciar o projeto de Alcântara Machado, o Código Rocco era considerado pelo jurista como a mais notável codificação criminal existente à época. Tanto na exposição de motivos do anteprojeto quanto na réplica redigida por Machado a seus críticos, o autor destaca a perfeição da construção técnica da legislação penal fascista, além de acentuar a existência de laços espirituais e afinidades políticas entre as duas nações, manifestadas pelo reforço da autoridade do Estado presente na organização constitucional de ambos os países⁹.

Na seara teórica, o projeto de codificação de Alcântara Machado representa a incorporação de diversos pressupostos do positivismo criminológico ao ordenamento jurídico brasileiro. Surgidas a partir da segunda metade do século XIX, as doutrinas positivistas enfatizavam o determinismo biopsicológico do criminoso, não havendo que se falar em culpabilidade pelo ato, mas sim na natureza delituosa do indivíduo. A criminologia seria, portanto, uma forma de identificar as causas do caráter criminoso para isolar o delinquente do

⁷ MACHADO, Alcântara. **Projeto do Código Criminal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 34, n. 2, p.193-494, 1 jan. 1938. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v34i2p193-494>. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁸ ITÁLIA. **Regio Decreto nº 1398, de 19 de outubro de 1930. Codice Rocco**. Itália, Disponível em: <<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

⁹ MACHADO, Alcântara. **O projeto do código criminal perante a crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 47-48. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65894/68505>> Acesso em: 11 mar. 2018

convívio social¹⁰.

No Brasil, as ideias da escola positivista tiveram ampla recepção e apropriação, coadunando com a proposta higienista que crescia no meio urbano. Destaca-se que a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, criada em 1921 e que teve em Machado um de seus fundadores e primeiro presidente, era composta majoritariamente por juristas e médicos legistas que, ainda que em diferentes graus, filiavam-se ao positivismo criminológico. Luís Antônio Coelho Ferla destaca que no discurso inaugural da Sociedade, Machado ressaltou a importância da perspectiva científica da criminologia positivista, elegendo-a como paradigmática para o Direito Penal de seu tempo:

Quaisquer que sejam as nossas convicções filosóficas, todos nós sentimos que é impossível o regresso à concepção antiga do delito, como simples entidade jurídica, e ao conceito anacrônico da pena inspirada exclusivamente na natureza do crime, sem atenção à natureza do criminoso.¹¹

O título do projeto empreendido por Machado (código criminal e não penal) deixa claro ao primeiro relance a influência positivista do autor de que “a ideia de crime precede manifestamente à da penalidade”¹², não devendo a legislação preocupar-se apenas com as penas, mas também com as medidas de segurança, tidas como formas de preparação da mente do criminoso para o reconhecimento de sua natureza perigosa e para a aplicação da pena. De acordo com o § 1º do artigo 18 do projeto original, tais medidas seriam determinadas pelo juiz, que teria liberdade para aplicá-las de acordo com a periculosidade do agente¹³. O projeto também contemplava uma classificação dos criminosos em ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais, de acordo com critérios de reincidência e perversão moral.

No projeto original redigido por Machado, é curioso notar que os tipos penais contidos no título VIII, relativo aos crimes contra o pudor individual e a moralidade pública, não traziam a caracterização do sexo da vítima, admitindo o cometimento de delitos sexuais

¹⁰ BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento criminológico; v. 1)

¹¹ FERLA, Luís Antônio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida** - do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). 2005. Tese (Doutorado em História Econômica) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. P. 98. doi:10.11606/T.8.2005.tde-26052005-184255. Acesso em: 19 mar 2018.

¹² MACHADO, Alcântara. **O projeto do código criminal perante a crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 41. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65894/68505>> Acesso em: 11 mar. 2018

¹³ MACHADO, Alcântara. **Projeto do Código Criminal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 34, n. 2, p.193-494, 1 jan. 1938. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v34i2p193-494>. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

contra ambos os sexos, sendo idêntico ao tratamento dado à temática pelo Código Rocco. Crimes como estupro, rapto, sedução, corrupção de menores, lenocínio e atentado ao pudor (violento ou não) adotavam palavras genéricas como “pessoa”, “alguém” ou “vítima”, havendo a menção expressa à palavra “mulher” apenas nos tipos que envolviam promessa ou rapto para o casamento.

As inovações propostas por Machado para o ordenamento jurídico pátrio foram celebradas por grande parte dos juristas brasileiros e até mesmo estrangeiros¹⁴, mas também sofreram inúmeras críticas, inclusive por parte do Ministro da Justiça. Francisco Campos, ao receber a parte geral do projeto elaborado por Machado, montou uma comissão revisora, composta pelos magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queirós e pelo representante do Ministério Público Roberto Lyra, que seria responsável por transformar completamente a proposta inicial trazida por Machado, readequando-a ao que estes consideravam a verdadeira realidade brasileira.

Embora Machado tenha prestado seu compromisso com a criação de uma legislação completa e adequada ao aparato repressor do Estado Novo, Campos e sua comissão revisora realizaram inúmeras modificações ao projeto original, remodelando-o para dar a aparência de uma legislação legítima e legal mesmo fora dos debates públicos. Desta forma, o projeto de código criminal voltaria a ocupar-se apenas das penalidades, bem como retornaria à organização tradicional, com o título acerca dos crimes contra a pessoa no início da parte especial do código. Além disso, foram retiradas também as medidas abertamente autoritárias que compunham boa parte dos crimes contra o Estado, para que a nova legislação pudesse ser vista como positiva e não como antidemocrática.

A revisão realizada pelo comitê instituído pelo Ministro da Justiça também modificou completamente a proposta inicial de punição dos crimes sexuais, adotando um modelo mais parecido com a legislação de 1890 para regular os delitos dessa natureza. Desta forma, foi estabelecido na revisão o título relativo aos crimes contra os Costumes, que passariam a reger a repressão penal aos delitos que violassem a ética sexual estabelecida socialmente.

¹⁴ Destaca-se a crítica de POZZO, Carlos Umberto Del. O projeto de Código Criminal Brasileiro (a caminho do positivista criminológico). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 621-635, jan. 1940. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65927/68538>>. Acesso em: 19 mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v35i3p621-635>.

2.2 Os Crimes contra os Costumes e a normalização sexual da sociedade

O novo Código Penal do Brasil, decretado em 1940 e em vigor a partir de 1942, refletia o anseio há muito difundido no meio jurídico da necessidade de uma nova lei penal que coadunasse com a realidade do país. Mais do que isso: refletia em seus dispositivos as mudanças ocorridas nas atribuições dos papéis sociais e na ocupação dos espaços público e privado com a emergência da modernidade no Brasil. No centro dessas transformações, o novo papel da mulher na sociedade e a ameaça à família e aos bons costumes constituía a principal preocupação dos juristas brasileiros.

2.1.1 A crise moral da modernidade brasileira

As mudanças na realidade política e social do país após a proclamação da República e o fim da escravidão provocaram alterações na dinâmica de organização e distribuição de papéis sociais, reacendendo a discussão acerca da identidade nacional do Brasil e do brasileiro. No entanto, antes mesmo que se pudesse determinar qual seria a face do novo país, emergiu também a discussão acerca da identidade das brasileiras, restando evidentes as transformações que sofriam os papéis atribuídos socialmente a homens e mulheres, bem como uma inicial contestação do espaço concedido a cada um.

A base patriarcal sob a qual foi constituída a tradição familiar brasileira delimitava aos gêneros papéis fixos: ao homem, ser essencialmente político e racional, era reservado o espaço público do trabalho e da rua; já à mulher, por natureza fraca e menos capaz, deveria permanecer no âmbito privado da casa, dedicando-se à função reprodutiva e ao cuidado dos filhos, do marido e do lar. No Brasil, essa atribuição clássica era acrescentada de uma clivagem racial herdada da escravidão que, mesmo depois de abolida e em meio à chegada da modernidade ao país, continuava a reger as interações sociais. Essa segmentação social determinava, como enuncia Caulfield, que as mulheres não gozassem dos mesmos direitos que os homens e muito menos dos mesmos direitos entre si, posto que eram diferenciadas também como honestas ou desonestas, capazes ou incapazes, brancas ou de cor e abastadas ou pobres¹⁵.

A modernização e o crescimento dos centros urbanos, a chegada de novos ideais comportamentais e estéticos importados da Europa e dos Estados Unidos e as necessidades

¹⁵ CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000. p 59.

impostas pelo mercado abriram espaço para que as mulheres iniciassem a ocupação do espaço público e do mercado de trabalho. Mulheres brancas de classe média e alta começaram a trabalhar em repartições públicas e lojas, ocupando também postos de estudantes em escolas e universidades. O trabalho fabril e doméstico já era majoritariamente ocupado pelas mulheres negras e de classe baixa desde a segunda metade do século XIX, tendo sido mão de obra predominante durante o primeiro período de industrialização brasileira¹⁶. Além disso, novas opções de lazer como passeios, clubes de dança e teatros trouxeram novos hábitos às moças de família, que conquistaram mais liberdade, fazendo a passagem da figura da sinhazinha frágil à mulher moderna¹⁷. Todavia, o surgimento dessa “nova mulher” gerou preocupações e discussões acaloradas acerca da honra feminina.

A honra feminina sempre esteve ligada ao aspecto sexual, pela exigência de virgindade até o advento do matrimônio e de honestidade, característica ampla que iria desde a fidelidade ao marido até a obediência ao comportamento sexual esperado das mulheres, bem como cumprimento de seu papel natural de mãe e esposa submissa. Sua preservação não era tanto uma questão de liberdade sexual, mas principalmente de preservação da honra familiar, que deveria ser mantida, se necessário, com aporte jurídico. À época, o principal instrumento de defesa das mulheres que tinham sua honra ferida era o Código Penal de 1890¹⁸, que tipificava em seu título VIII os crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor. Nesse título estavam presentes os crimes denominados sexuais ou de violência carnal, como o estupro, o rapto, a corrupção de menores e o defloramento, que caracterizavam apenas a mulher como sujeito passivo e estabeleciam sua honestidade e/ou virgindade como exigência de caracterização do delito.

O crime de deflorar moças virgens e menores de idade era o delito sexual mais comum nas cidades e levava centenas de pais e mulheres às delegacias todos os anos, na tentativa de reparar o dano causado à honra das filhas ou a sua própria por meio da prisão do ofensor ou, preferencialmente, pelo casamento deste com a ofendida¹⁹. O matrimônio

¹⁶RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2017. p. 578 – 605.

¹⁷PINSKY, Carla Bassanezi. A era dos modelos rígidos. In: Pinsky, C.B., Pedro, J.M. (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Contexto, 2013. P. 469-512.

¹⁸BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

¹⁹Segundo Caulfield, os inquéritos de defloramento somavam quase 500 a cada ano, entre 1920 e 1940, comparados, por exemplo, a uma média anual de 150 casos de homicídio. CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000. p 38.

posterior ao cometimento do crime constituía uma forma de imunidade prevista no código penal, eliminando a necessidade de punição porque reparava os danos causados à mulher, à família e à sociedade, representando a maneira ideal de evitar que uma mulher solteira não virgem pudesse se tornar uma prostituta em potencial²⁰. A virgindade representada pelo hímen intacto era tópico especial de estudo de advogados e médicos legistas, constituindo, como apontavam os críticos como Afrânio Peixoto²¹, uma himenolatria que valorizava apenas o aspecto físico da virgindade, negligenciando ainda mais a virtude moral das mulheres.

Os novos comportamentos e liberdades adotados pelas mulheres, principalmente as jovens, tornavam a manutenção do controle da sua honra e sexualidade um desafio para os pais e uma preocupação recorrente para a sociedade. Juristas, médicos, jornalistas, políticos, integrantes do movimento operário e membros de diversos setores da sociedade, conservadores e progressistas, afirmavam a existência de uma crise moral e questionavam como seria possível manter os padrões de honra e honestidade femininas com o advento da modernidade. Embora a proteção da honra feminina, principalmente no tocante à virgindade, fosse vista pela maioria dos penalistas como um marco civilizatório, questionava-se se essa proteção deveria permanecer a cargo do Direito. Já em 1897, Viveiros de Castro, ao discutir o aumento dos crimes sexuais no Rio de Janeiro, articulou:

É de Justiça responsabilisar em primeiro lugar a própria mulher. Dominada pela ideia errônea subversiva de sua emancipação, ella faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contactos asperos e rudes da vida, foi despresada como cousa anachronica e ridicula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo de tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem fundo moral, sem refreio religioso, ávida unicamente de luxo e sensações, vaidosa e fútil, preza facil e muita vez até espontaneamente offerecida à conquista do homem.²²

O autor vaticina ainda que a nova mulher que emergia na sociedade brasileira não era mais o ente fraco que necessitava da proteção masculina, nem do amparo jurídico. Juristas contemporâneos a ele, como Nelson Hungria e Roberto Lyra, destacaram a necessidade de realinhar os conceitos arcaicos de honra à nova realidade. Suas iniciativas, apesar de distintas, tiveram influência ímpar na formação da legislação penal de 1940 e resultaram em um esforço comum para retomar a proteção do pudor e a valorização da honra feminina.

²⁰ CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000. p 77 e 82.

²¹ PEIXOTO, Afrânio. **Sexologia Forense**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

²² CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os delictos contra a honra da mulher**. 1. ed. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897. p. 23.

O juiz criminal Nelson Hungria, que iniciou sua carreira como delegado de polícia no bairro da Lapa, no Rio de Janeiro, mantinha a influência conservadora dos penalistas da virada do século XIX. Diante da crise de pudor que ameaçava a honra feminina e, conseqüentemente, a ordenação da família tradicional, o jurista defendia a “interpretação criativa” dos dispositivos existentes, na tentativa de adaptá-los ao ambiente social moderno e às moças que, segundo ele, estavam acostumadas às licenciosidades e complacências e não representavam mais as jovens castas às quais as normas do diploma penal de 1890 eram direcionadas. Em 1937, em um artigo dedicado a analisar a legislação em vigor, o autor evidencia que, apesar de necessária, a defesa jurídica da honra feminina deveria ser mais restritiva, protegendo apenas as verdadeiras vítimas e não as “virgens impuras”²³.

O Promotor Público Roberto Lyra foi pioneiro no movimento higienista que se formou na capital federal nas décadas de 1920 e 1930. Fundador do Conselho Brasileiro de Higiene Social, o jurista reconhecia que a modernidade desenfreada e os “estímulos sensuais” trazidos por ela haviam levado as massas populares à degeneração moral e sexual, aprofundando uma desorganização social herdada da formação patriarcal da sociedade brasileira. A proliferação de crimes passionais, de casos de assassinato cometidos por mulheres e a himenolatria eram provas de que os indivíduos precisavam de orientação para sobreviver e evoluir na sociedade moderna.

O papel de guiar a sociedade brasileira pelos meandros da modernidade caberia à elite intelectual brasileira, com projetos de higienização da sociedade, substituindo a família tradicional por um novo modelo familiar de uniões higiênicas que aperfeiçoassem a raça nacional e a sociedade²⁴. Ainda segundo o pensamento de Lyra e de seus pares, como Afrânio Peixoto, a himenolatria ou virgindade material era uma forma medieval de determinação da honestidade feminina, que não deveria ser vista como um marco civilizatório essencial à união da família, mas como um conceito arcaico de valorização dos exageros sexuais, e deveria dar lugar à ênfase da virgindade moral, protegendo apenas a “membrana com virtude”²⁵.

Apesar das diferenças argumentativas, os grupos liderados por Hungria e Lyra

²³ HUNGRIA, Nelson. “Crimes sexuais” In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, n. 70, abr. 1937, p. 8-18, 216-227.

²⁴ CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000. p 181.

²⁵ PEIXOTO, Afrânio. **Sexologia Forense**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934, p. 134.

nutriam a mesma hostilidade pela modernização desenfreada e pela mudança que esta causava nos papéis sociais femininos. Mesmo os membros do Conselho Higienista, que em sua maioria repudiavam a manutenção da família tradicional e exaltavam a moral burguesa e liberal trazida pela modernidade aos homens, condenavam a dissolução dos bons costumes e a imoralidade da conduta das mulheres modernas. O novo código penal, decretado em 1940, uniu as visões de Hungria e Lyra, que participaram ativamente junto a Francisco Campos da comissão revisora do anteprojeto de Alcântara Machado. Os juristas estabeleceram como função da nova lei a preservação da honestidade e castidade femininas como condição social e atributo moral, selados por um estado fisiológico, representado pela virgindade física²⁶.

2.1.2 Os novos crimes sexuais: os costumes como bem jurídico tutelado

O Código Penal de 1940²⁷ traçou uma linha bem definida entre os delitos de cunho sexual, os delitos contra a família e os delitos contra a honra, antes reunidos em um único título no Código Penal de 1890. A partir do artigo 213 do novo diploma constava o título referente aos crimes contra os Costumes, cuja denominação deixava evidente os bens jurídicos tutelados: os bons costumes e a moral sexual tidos socialmente como desejáveis. O dano resultante dos crimes sexuais não mais recairia sobre a moral da família, mas sim sobre a honra da própria mulher, considerada pelos juristas como capaz de tutelar sua virtude e suprimir seus desejos.

Os crimes anteriormente denominados como de violência carnal passaram a ser descritos no capítulo I do título VI como crimes contra a liberdade sexual e englobavam o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude. O capítulo II trazia tipificados os crimes de sedução e corrupção de menores e o capítulo III era destinado aos crimes de rapto. Já o capítulo seguinte trazia disposições gerais aos crimes anteriores, como formas qualificadas, casos de presunção de violência e orientações para a ação penal.

Dentre os crimes contra a liberdade sexual, apenas o atentado violento ao pudor poderia ser cometido contra pessoas de ambos os sexos, uma vez que os outros tipos pressupunham a conjunção carnal como único meio para seu cometimento, limitando o sujeito

²⁶ CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000. p 78.

²⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 18 mar 2018.

passivo apenas à mulher. O crime de estupro restava tipificado com o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, sendo a pena aumentada quando a ofendida fosse menor de 14 anos. Os crimes de posse sexual e atentado ao pudor caracterizavam-se quando diversos artifícios fraudulentos eram utilizados para levar mulher honesta à conjunção carnal ou a ato diverso desta.

O crime de sedução veio a substituir o tipo anterior de defloração, que havia sido repudiado pelos juristas por supor como condição material imprescindível do crime a ruptura do hímen, o que não se sustentava diante da observação empírica por legistas brasileiros de hímens complacentes (que não se rompiam após a primeira cópula). O tipo caracterizava-se pela sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, para a prática de conjunção carnal, aproveitando-se o ofensor de sua inexperiência ou justificável confiança. Como enuncia Francisco Campos na exposição de motivos do Código Penal, a parte final do artigo demonstrava que o diploma estava atento à nova realidade sexual da mulher moderna e visava proteger as “verdadeiras vítimas”:

Ao ser fixada a fórmula relativa ao crime em questão, partiu-se do pressuposto de que os fatos relativos à vida sexual não constituem na nossa época matéria que esteja subtraída, como no passado, ao conhecimento dos adolescentes de 18 (dezoito) anos completos. A vida, no nosso tempo, pelos seus costumes e pelo seu estilo, permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e insondável mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos. (...) Em abono do critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos costumes e formas de vida, não são raros os casos em que a mulher não é a única vítima da sedução. Já foi dito, com acerto, que “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais” (Filipo Mancini, *Delitti sessuali*).²⁸

Os crimes de rapto classificavam-se como rapto violento ou mediante fraude e rapto consensual, tendo como sujeito passivo apenas a mulher. No caso do rapto praticado para fim libidinoso, por meio de violência ou fraude, a lei trazia como vítima a mulher honesta; já no segundo crime a vítima deveria ser mulher maior de quatorze anos e menor de dezoito e deveria aquiescer à conduta do ofensor. O código trazia ainda casos de diminuição da pena, caso o rapto tivesse como fim de casamento ou se o agente restituísse a liberdade da vítima ou a colocasse em lugar seguro, à disposição da família, sem ter praticado com ela qualquer ato libidinoso. Ao elaborar a justificação da norma, Francisco Campos afirmou que o rapto tratava-se de crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família,

²⁸ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940. In: **Revista de informação legislativa**, v.6, nº 24, p. 148, out./dez. de 1969. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>> Acesso 14 de março de 2018.

já que o ofensor pretendia a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso, sem a autorização de seus responsáveis e do matrimônio²⁹.

A lesão corporal de natureza grave e a morte eram estabelecidas como formas qualificadas dos crimes previstos nos capítulos I a III. Além disso, presumia-se a violência quando a vítima fosse menor de quatorze anos, sofresse de enfermidade mental conhecida pelo agente ou não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência. A redação original do Código previa, no inciso VIII do artigo 108, o casamento do ofensor com a vítima como forma de extinção da punibilidade. Essa hipótese foi mantida na reforma da parte geral do código ocorrida em 1984, sendo acrescentada outra condição de extinção da punibilidade no caso de crimes contra os costumes cometidos sem violência real ou grave ameaça, que se dava pelo casamento da vítima com terceiro, desde que a ofendida não reclamasse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração do matrimônio.

Como observado acima, os crimes contra os costumes atendiam ao critério de proteção da moral pública idealizados por Hungria e Lyra, reinterpretando a honra feminina e os critérios que deveriam caracterizá-la. A diminuição da idade do fim da tutela penal das moças de 21 para 18 anos, a utilização de um critério indeterminado de honestidade para determinar a proteção da vítima, a valorização da virgindade moral e a contínua adoção do casamento como forma de reparar os danos causados pelos delitos sexuais manifestavam a intenção do legislador de restaurar as degenerações trazidas pela modernidade. Os dispositivos acima examinados resistiriam incólumes às mudanças jurídicas até o início do século XXI, quando a pressão pública pela sua alteração finalmente encontrou eco na atividade legislativa.

2.3 Reformas legislativas dos crimes sexuais

O compromisso constitucional com a igualdade de gênero e o fortalecimento da luta pelos direitos das mulheres no Brasil trouxeram a legislação penal novamente à atenção da opinião pública e dos legisladores. A reforma do título que delineava os crimes contra os costumes, que já era pautada pelo movimento feminista desde os anos 80, tornou-se imperativa para o país, que já havia prestado compromissos internacionais de erradicar formas

²⁹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940. In: **Revista de informação legislativa**, v.6, nº 24, p. 148, out./dez. de 1969. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>> Acesso 14 de março de 2018.

de violência e discriminação contra a mulher³⁰. Nessa conjuntura, destacaram-se duas iniciativas correlatas que visavam dar aos crimes sexuais uma nova abordagem³¹.

2.3.1 A Lei 11.106/2005 e a retirada da expressão “mulher honesta”

Em fevereiro de 2003, foi protocolado pela Deputada Iara Bernardi (PT/SP) o Projeto de Lei nº 117/2003, que propunha a retirada da expressão “mulher honesta” constante do enunciado do crime de atentado ao pudor mediante fraude e a substituição da palavra “mulher” por “alguém” no tipo penal de tráfico internacional de mulher para fim de exploração sexual. Na exposição de motivos que acompanhava o projeto, foi destacado pela parlamentar que a legislação penal, datada de mais de 60 anos antes, contemplava “anacronismos, estereótipos, preconceitos, discriminação, logo, inconstitucionalidades em relação às mulheres”³² que não mais coadunavam com a contemporaneidade de luta pela afirmação da igualdade entre os gêneros.

O projeto, tendo sido aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, seguiu para análise nas casas legislativas, onde sofreu diversas alterações que ampliariam a reforma inicialmente pretendida pela deputada do Partido dos Trabalhadores. As emendas propostas pelos deputados Luiz Antônio Fleury³³ (PTB/SP) e Laura Carneiro³⁴ (PFL/RJ) corrigiram as falhas técnicas do projeto original para incluir na proposta a retirada das expressões “mulher honesta” e “mulher virgem” em todos os artigos do título referente

³⁰ Destacam-se sobretudo a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas), e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

³¹ Como será explicitado a seguir, as duas iniciativas tiveram tramitação paralela, abordando simultaneamente as mesmas questões. Apesar das semelhanças, os projetos de lei deram origem à legislações diferentes, com peculiaridades que merecem abordagem mais detalhada.

³² BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Projeto de Lei nº 117 de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=60FC5F0A2449A3A5CA8EA92256935490.proposicoesWebExterno2?codteor=114145&filename=PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

³³ BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Parecer proferido em Plenário, Dep. Luiz Antonio Fleury, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, e, no mérito, pela aprovação da Emenda de Plenário, na forma da Subemenda Substitutiva Global de Plenário apresentada. Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=185537&filename=PEP+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

³⁴ BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Emenda de Plenário. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para retirar anacronismos relativos ao tratamento jurídico da mulher. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=185544&filename=EMP+1/2003+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018

aos crimes contra os Costumes que as continham, substituindo-as por “mulher” ou “pessoa”, além de dar ao capítulo V do mesmo título o nome de “Do Lenocínio e Tráfico de Pessoas”, criando ainda outros tipos penais relacionados a este capítulo.

Importante destacar que o Senado, ao avaliar o projeto de lei em questão em outubro de 2004, resolveu propor uma emenda substitutiva³⁵ ao projeto original, que dispunha de modificações bem mais abrangentes, como a mudança do título de “crimes contra os Costumes” para “crimes contra a Dignidade Sexual”, bem como a revogação dos crimes de sedução e rapto e a alteração de vários dispositivos, como o do crime de estupro, cuja redação sugerida pelos senadores abrangeria qualquer pessoa como sujeito passivo e também a utilização de meios diversos da conjunção carnal para cometimento do crime.

No entanto, em parecer proferido pelo relator do projeto, deputado Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ) em fevereiro de 2005, foram rejeitadas as mudanças na denominação do título V, bem como alterações nos crimes sexuais com violência, como o estupro, que permaneceu inalterado. O parlamentar argumentou que a medida não havia sido amplamente discutida após sua proposição e que a mudança pretendida pela emenda substitutiva, que alteraria toda a redação do artigo 213, ampliando seu sujeito passivo e o meio empregado na violência sexual, poderia dar a entender que houvera uma *abolitio criminis* do delito de estupro. Ainda segundo o deputado, constituiria “uma questão perigosa, sem apreciação na jurisprudência e sem nenhuma interpretação doutrinária autêntica ou qualquer que seja”³⁶.

Após as deliberações, o projeto foi remetido à sanção presidencial que, em 28 de março de 2005, sancionou-o como Lei nº 11.106³⁷. A nova legislação alterou, no âmbito dos

³⁵ BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 103, de 2003 (PL nº 117, de 2003, na Casa de origem), que altera artigos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para atualizar as infrações penais praticadas por ou contra a mulher, igualar o tratamento jurídico às vítimas de crimes sexuais, tipificar o tráfico interno de pessoas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=244655&filename=EMS+117/2003+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

³⁶ BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Parecer reformulado em Plenário pelo Relator, Dep. Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação das alterações propostas pelo art. 1º do Substitutivo do Senado Federal para os arts. 148, § 1º; 226; 227; 231 e 231-A do Código Penal e dos arts. 2º e 3º do referido Substitutivo; e pela rejeição das alterações propostas pelo art. 1º do Substitutivo do Senado Federal para os arts. 123, 134, 213, 214, 215, 216, 225 e 225-A do Código Penal, mantendo a redação proposta pelos arts. 1º e 2º do texto aprovado na Câmara dos Deputados em 27/11/2003, para os arts. 215 e 216 do Código Penal, bem como o art. 7º desse mesmo texto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=275541&filename=PSS+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 15 mar 2018.

crimes sexuais, os crimes de posse sexual mediante fraude, do qual suprimiu a palavra “honesta”, e de atentado ao pudor mediante fraude que, à exemplo crime de atentado violento ao pudor, passaria a ter como sujeito passivo pessoas de ambos os sexos. O Capítulo V do Título VI também passou por alterações, passando a adotar o nome proposto durante os debates de “Do Lenocínio e Tráfico de Pessoas”, além da modificação do crime tráfico internacional para abarcar também os indivíduos do sexo masculino e da criação do tipo penal para punir o tráfico interno de pessoas.

Mais adiante, a nova lei revogou os artigos referentes ao crime de sedução e todo o capítulo referente aos crimes de rapto, conforme sugerido na emenda substitutiva elaborada pelo Senado, além de abolir como forma de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agressor ou mesmo com terceiro, previsto anteriormente nos incisos VII e VIII do artigo 108 da codificação penal. Restou revogado também o crime de adultério, constante do artigo 240, que foi considerado ultrapassado e fora dos interesses que deveriam nortear o Direito Penal enquanto ferramenta de controle social.

Apesar de ter encaminhado mudanças importantes e extremamente necessárias à legislação penal, não é possível afirmar que a Lei nº 11.106/2005 foi pautada pela promoção da igualdade de gênero. A legislação falhou ao manter como objeto de proteção os costumes sociais e ao não modificar a redação dada ao artigo 213, referente ao crime de estupro, representando adequação superficial da legislação à realidade social contemporânea.

2.3.2 A Lei 12.015/2009 e a noção de Dignidade Sexual

Em maio de 2003 foi protocolado requerimento³⁸ pela Senadora Patrícia Saboya (PPS/CE) e pela Deputada Federal Maria do Rosário (PT/RS) solicitando a criação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Como resultado da CPMI, foi apresentado em 2005 um complexo relatório final³⁹ de 582 páginas que consignava a necessidade de total reformulação do Código Penal no tocante aos crimes

³⁸ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Requerimento nº 002/2003 para a criação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/57649>> Acesso em 15 mar 2018.

³⁹ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos, 2005. 582 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/84599>> Acesso em 14 mar 2018.

sexuais.

Motivado pelas discussões realizadas pela CPMI, foi apresentado pelo Senado em março de 2004 o Projeto de Lei nº 253⁴⁰, que propôs uma reforma completa do título relativo aos Crimes contra os Costumes, sugerindo inicialmente o título “Dos Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual”. Mais adiante, o projeto previa a mudança de redação do artigo referente ao crime de estupro, unindo-o ao crime de atentado violento o pudor e redefinindo o tipo como constranger alguém (homem ou mulher), mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que se pratique consigo outro ato libidinoso.

A proposição pautava também as mudanças que foram realizadas previamente pela Lei nº 11.106/005, além da reforma dos capítulos acerca da exploração sexual de crianças e adolescentes, anteriormente chamada de corrupção de menores. A Senadora Patrícia Saboya, ao dar encaminhamento à votação do Projeto no Senado, destacou a necessidade de retirar da legislação penal a tutela da sexualidade:

O que votaremos agora são alterações ao Código Penal, um código antigo, construído em 1940. Naquela época, a mentalidade do legislador estava voltada para tutelar a moral sexual. O Brasil de hoje exige, entretanto, que as normas sejam direcionadas para a proteção da integridade física e psíquica das pessoas e do direito ao exercício de sua sexualidade de maneira saudável e plena. Foi para acompanhar a evolução da sociedade nos últimos 60 anos que a CPMI resolveu propor todas essas mudanças.⁴¹

O projeto foi sancionado como Lei de nº 12.015 em 7 de agosto de 2009 e, embora as mudanças materiais nos enunciados dos crimes tenham sido consideradas como avanços extremamente necessários, a principal mudança sugerida ao projeto durante sua tramitação, feita pelo Deputado Flávio Dino (PCdoB/MA) e que mudou a denominação proposta para o título para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, causou controvérsia em parte da doutrina. Criticou-se a manutenção de uma classificação baseada em critérios valorativos que não a liberdade ou ausência de coação. Nesse sentido, destaca-se a opinião de Alberto Silva Franco, que consigna que “toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal”⁴².

⁴⁰ BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Diário do Senado Federal nº 146, publicado em 14/set/2004, p. 29238

⁴¹ BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Diário do Senado Federal nº 12, publicado em 02/mar/2005, p. 03659.

⁴² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, vol. 2: parte especial. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 3059. No mesmo sentido, DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 691.

Apesar de ter sido inicialmente motivado pelas violações identificadas quanto à violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, a Lei nº 12.015/2009 representa um marco positivo no tratamento da violência sexual no Brasil. No entanto, em que pese a profundidade da reforma penal realizada no âmbito legislativo, a violência institucional à vítima de crimes sexuais persiste por meio do aparato jurídico-penal que, responsável pelo julgamento dos delitos dessa natureza, realiza muitas vezes o julgamento da conduta do(a) ofendido(a), em um processo de revitimização e culpabilização da vítima, buscando nas atitudes desta a causalidade da ocorrência do delito.

3 REPRESENTAÇÕES DA MULHER NA SOCIEDADE: A CONSTRUÇÃO DO TIPO PENAL

O Direito Penal traduz por excelência a função clássica do Direito como instrumento de controle social. A partir do estabelecimento de bens que merecem proteção, além da determinação de condutas indesejadas e de sujeitos puníveis, há a formação de uma norma identificada como tipo penal. No presente capítulo serão abordadas as questões da construção social do tipo penal, utilizando para este fim a construção teórica do tipo weberiano. Ademais, será explorada a mentalidade construída pela doutrina jurídica acerca dos tipos penais dos crimes contra os costumes desde 1940 até a reforma do título em 2009. Por fim, analisar-se-á a reverberação da construção doutrinária na consideração da vítima de crimes sexuais.

3.1 A construção social do tipo penal

O aumento da complexidade social, que ocorreu paulatinamente a partir da industrialização e da modernidade, confrontou o homem com a necessidade de melhor compreender a multiplicidade de fatos e fenômenos sociais. O enlace cada vez maior entre fenômenos econômicos, sociais, políticos e culturais impôs o desenvolvimento de uma ciência voltada a examinar a vida social humana por meio de um pensamento metodológico próprio.

Max Weber, ao examinar o papel das ciências sociais na compreensão da vida social humana, destacou que esta é uma ciência da realidade, que busca compreender não apenas as causas gerais do desenvolvimento social, mas também suas conexões e significações específicas com a realidade. Esta dualidade entre geral e específico, segundo o autor, não poderia ser apreendida de forma correta pela metodologia das ciências exatas já existentes, que se baseava na elaboração de leis causais, aplicáveis a todos os fenômenos de certa natureza. As ciências sociais deveriam buscar não a redução da realidade a fórmulas gerais, mas sim a objetivação da realidade, para torná-la passível de análise. Esse processo de objetivação da realidade acontece por meio da seleção de objetos de estudo e do desenvolvimento de conceitos. Segundo o autor:

(...) todo o conhecimento reflexivo da realidade infinita realizado pelo espírito humano finito baseia-se na premissa tácita de que apenas um fragmento limitado dessa realidade poderá constituir de cada vez o objeto da compreensão científica, e

de que só ele será “essencial” no sentido de “digno de ser conhecido”⁴³.

O processo de objetivação da realidade e de posterior significação cultural dos objetos de estudo determinados não ocorre de forma neutra ou puramente objetiva, sem qualquer influência de pressupostos específicos ou parciais. Para Weber, não existe qualquer análise científica puramente objetiva da vida cultural ou dos fenômenos sociais⁴⁴, pois a própria determinação daquilo que constituirá um objeto de estudo é definido por ideias de valor do que o estudioso considera como componentes significativos da realidade, em certo tempo e lugar. Tais ideias de valor são traduzidas na construção de conceitos, denominados pelo autor como tipos.

Os tipos com os quais trabalha as Ciências Sociais, segundo Weber, são de caráter eminentemente utópico, obtidos por meio da acentuação mental de determinados elementos heterogêneos da realidade, para elaboração de um quadro homogêneo de pensamento. Tais tipos ideais proporcionam a formação de um juízo de atribuição entre um fato existente empiricamente e as relações que o envolvem, tornando estas ideias compreensíveis e representáveis. Apesar das possibilidades de representação que os tipos ideais proporcionam, estes não devem ser confundidos com uma exposição fiel da realidade, posto que são a síntese de características mais ou menos presentes em determinado conceito. Além disso, a construção de tipos ideais abstratos não constitui um fim ao conhecimento, qual seja a formulação de um dever-ser ou exemplo que deve ser seguido, mas apenas um meio lógico de captação e representação da realidade.

A título de exemplo, o conjunto de características que acentuadas formam o conceito típico de “mulher” são aquelas que foram observadas em um grande número de indivíduos para que se pudessem representar, em abstrato, a ideia de o que é uma mulher. Contudo, a forma difusa e não-homogênea com a qual estas características se apresentam na realidade específica das mulheres observadas permite compreender que o tipo ideal “mulher” é uma representação da realidade a ser utilizada para facilitar a abstração do estudioso, não constituindo a realidade em si ou uma construção individualizada do que ela deva ser.

O tipo weberiano constitui, portanto, uma forma de construção de conceitos gerais capazes de captar também a especificidade dos fenômenos culturais em suas diversas manifestações. A possibilidade apresentada pela elaboração weberiana do tipo ideal é

⁴³ WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel, FLORESTAN, Fernandes. **Max Weber: Sociologia**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 88.

⁴⁴ WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel, FLORESTAN, Fernandes. **Max Weber: Sociologia**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 87.

especialmente útil à análise das normas de direito penal que determinam a tipicidade de condutas. Em virtude da necessidade de individualização das condutas que devem ser punidas pela lei, o Direito Penal opera com o estabelecimento de tipos penais, que são definidos por Zaffaroni e Pierangeli⁴⁵ como um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes no campo da proibição.

O tipo penal serve, portanto, à determinação da relevância penal das condutas que serão punidas pela lei penal, e permite também, a partir da adequação da conduta ao tipo, a averiguação de sua antijuridicidade e culpabilidade. O tipo penal proporciona também a identificação daqueles que serão sujeitos tanto de punição quanto de proteção pela lei penal, ou seja: sujeitos ativo e passivo. Segundo a definição acima apresentada, os tipos são postulados eminentemente descritivos, mas que podem recorrer a conceitos que remetem ou são sustentados por juízos valorativos. Tais elementos axiológicos não estão presentes apenas em certos tipos penais, mas encontram-se precipuamente na noção de bem jurídico.

Segundo Luigi Ferrajoli⁴⁶, a noção de bem jurídico representa uma justificação externa ao conteúdo da proibição penal, declarando por meio de um juízo de valor um ente como digno da proteção jurídica mais gravosa proporcionada pelo direito penal. A identificação de um elemento como bem jurídico desvela quais valores e ideais orientam o ordenamento jurídico e, por conseguinte, quais entes os legisladores de determinada sociedade desejam resguardar. No caso do Código Penal de 1940, os bens jurídicos tutelados estão apontados na denominação dos títulos em que se organiza a legislação, como o título dos crimes contra os costumes. Nelson Hungria, em 1945, ao tecer comentários à legislação penal recém-adotada, esclarece a consideração dos costumes como bem jurídico:

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada a conveniência e a disciplina sociais. O que a lei penal se propõe tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência sexual em torno dos fatos sexuais.⁴⁷

O jurista, que havia participado da comissão revisora do Código Penal de 1940, destaca ainda o dever do Direito Penal de reprimir fatos e condutas que fujam à normalidade da relação entre os sexos e de resguardar o pudor, visto como instrumento para evitar os

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique,. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 421.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de Luiz Flávio Gomes. p. 368.

⁴⁷ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1945. V. 3, P. 93.

descaminhos que o “prazer genésico” traria a função primordial de perpetuar a espécie. Estes valores, que ecoam aqueles apresentados na exposição de motivos da legislação, estão plasmados nos tipos penais que utilizam expressões como “honesta” e “virgem” para qualificar a vítima de crimes sexuais. A melhor análise destes bens, valores e privilégios tutelados legalmente será realizada de forma minuciosa, posto que se reveste de uma relevância não só científica, senão política, proporcionando o pressuposto da análise crítica que se pretende fazer não apenas da legislação, mas também da doutrina constituída no Brasil acerca dos crimes sexuais.

3.2 Representações sociais e jurídicas da mulher no Código Penal de 1940: honesta e virgem

O advento de uma nova legislação traz à doutrina a tarefa de constituir novo estudo e interpretação acerca de seus dispositivos. No Brasil, esse papel interpretativo alcança importância ainda maior, tendo em vista a participação ativa da doutrina na formação da mentalidade jurídica do país. Considerando esta relevância, torna-se essencial o exame dos entendimentos e posicionamentos doutrinários construídos pelos juristas e médicos-legistas brasileiros acerca dos crimes sexuais.

Para tal finalidade, foram consultadas obras dos autores mais prestigiados pela comunidade acadêmica de seu tempo, havendo também de se considerar a barreira temporal que impediu que alguns autores tivessem seus livros armazenados e disponibilizados para consulta. Foram examinadas diversas edições das referidas obras, a fim de aferir possíveis mudanças no entendimento dos autores estudados, quais sejam: Nelson Hungria, Edgard Noronha Magalhães, Galdino Siqueira, Damásio de Jesus, bem como Flamínio Fávero e Afrânio Peixoto, especialistas em medicina legal.

3.2.1 Estupro e Atentado violento ao pudor

O crime de estupro foi tipificado pelo legislador de 1940 como a posse sexual da mulher, utilizando-se o homem de violência ou grave ameaça para alcançar a cópula. A legislação original reconhecia apenas a conjunção carnal como meio de consumação do estupro, limitando a possível condição de sujeito ativo e sujeito passivo apenas ao homem e à mulher, respectivamente. Nelson Hungria, justificando tal acepção, vaticinou que o valor

social do homem é menos prejudicado pela violência carnal que o da mulher, visto que as consequências para esta – desvirginamento e gravidez – autorizavam a tutela penal mais gravosa⁴⁸. Outros doutrinadores, como Edgard Magalhães Noronha, criticavam a decisão do legislador, argumentando que a exclusão do homem do polo passivo do tipo deixava sob menor proteção o jovem que, por exemplo, viesse a ser molestado⁴⁹.

Mesmo sob críticas, o entendimento que prevaleceu foi aquele adotado pelo código, restando ao crime de atentado violento ao pudor abarcar todas as agressões sexuais e atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Este tipo penal tinha em comum com o estupro todos os elementos diversos do meio empregado, como a necessidade de violência ou grave ameaça, dissenso do sujeito passivo e desconsideração do grau de pudor da vítima, abrangendo inclusive atos libidinosos do marido em relação à esposa, tendo em vista que não havia reconhecimento de estupro dentro da relação conjugal.

Embora o Código Penal reconhecesse, desde sua versão original, a liberdade de disposição do próprio corpo pela mulher como bem jurídico tutelado, independente da moralidade ou honestidade desta, havia autores que entendiam pela diferenciação entre as mulheres “honestas” e as “públicas” na determinação da pena do estupro. Magalhães Noronha expunha a opinião de que os efeitos da violação sexual eram mais sérios à mulher recatada, posto que a prostituta já estaria acostumada a comerciar o próprio corpo, não suportando outro dano além da violência sofrida⁵⁰, confrontando a visão de Nelson Hungria⁵¹, Damásio de Jesus⁵² e outros, que defendiam a interpretação de acordo com o Código.

Apesar da escolha de maior proteção da mulher feita pelo legislador em relação ao crime de estupro, não eram escassas as exigências constituídas pela doutrina para a caracterização do tipo. Um dos principais traços exigidos pela doutrina para a caracterização do crime de estupro era o dissenso manifesto da vítima, que deveria ser aferido pela sua resistência inequívoca ao ato sexual. A doutrina unanimemente determinava que a resistência passiva ou a relutância típica do pudor feminino não era o bastante para caracterizar o dissenso, devendo ser de tal força que só pudesse ser vencido pela violência ou grave ameaça.

A doutrina consultada discutiu, até a década de 1980, a possibilidade de uma

⁴⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1945. V. 3, P. 107.

⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 115.

⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 116.

⁵¹ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1945. V. 3, P. 114.

⁵² JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 9.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1993. V. 3, P. 90.

mulher ser estuprada por um só homem, tendo em vista que se considerava que a coação física masculina poderia ser vencida por movimentos da bacia e das pernas da mulher, impedindo a consumação da conjunção carnal. Hungria, que se destaca como partidário desta posição, chegou a ironizar a situação na edição de seu livro de 1981⁵³:

Conta-se que o juiz, ao ouvir de uma pseudo-estuprada que o acusado, para conter-lhe os movimentos de defesa, se servira, durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: “mas quem foi que conduziu o ceguinho?” e a queixosa não soube responder...⁵⁴

Este entendimento é legitimado também por autores de Medicina Legal, como Flamínio Fávero⁵⁵ e Afrânio Peixoto⁵⁶, que vaticinam a dificuldade que teria um homem em dominar uma mulher, a não ser que esta estivesse impossibilitada, por qualquer motivo, de resistir ao avanço físico, caso houvesse desproporção de forças entre os sujeitos ou caso o sujeito ativo se utilizasse de outros artifícios para limitar a resistência da mulher.

Outro ponto que restou incontroverso na doutrina até a reforma do Código promovida pela Lei 12.015/2009 foi a inexistência de estupro marital. Como mencionado anteriormente, toda a doutrina analisada negava a possibilidade de configuração do crime de estupro quando os sujeitos do tipo penal mantinham relação conjugal ou de união estável, em virtude do dever sexual recíproco de entre os cônjuges. Magalhães Noronha vaticinava que o homem tem direito à posse sexual de sua esposa⁵⁷, enquanto Hungria defendeu em todas as edições analisadas que mesmo que haja emprego pelo marido da violência física para realização da conjunção carnal, não haverá tipificação de crime de estupro, pois é lícita a violência empregada para o exercício regular de um direito⁵⁸. A mulher estaria escusada apenas no caso de haver justa causa para a negativa da cópula, hipótese na qual restaria configurado o crime de estupro. Damásio de Jesus, em obra de 1993, mantém a necessidade de justa causa para a configuração de estupro marital, condenando, no entanto, o uso da violência por parte do cônjuge.

⁵³ Com a morte de Hungria em 1969, seu livro passou a ser atualizado por Heleno Cláudio Fragoso e Romão Côrtes de Lacerda. No entanto, não se nota grandes mudanças nos capítulos referentes aos crimes contra os costumes nas edições consultadas (1945, 1959, 1979 e 1981), havendo inclusive extrema semelhança entre algumas passagens contidas no Código Comentado e um ensaio publicado por Hungria na Revista Forense em 1937, outrora já referenciado.

⁵⁴ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 113.

⁵⁵ A opinião é expressa nas três edições consultadas: FÁVERO, Flamínio. **Medicina Legal**. 5.ed. São Paulo, SP: Martins, 1954. V. 2, p. 218.; FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**. 8.ed. São Paulo: Martins, 1966. V. 2, p. 682.; FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**. 11.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980. V. 2, p. 228-229.

⁵⁶ PEIXOTO, Afrânio. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1946. P. 67.

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 113.

⁵⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 115.

No campo probatório, considerando que a vítima de estupro houvesse atendido todas as determinações indicadas pelo tipo penal e, notadamente, pela doutrina, ainda haveria certa dificuldade em levar adiante suas alegações. O exame pericial era recomendado de formas diversas pelos autores de Medicina Legal, além de muitas vezes restar inconclusivo. Quanto ao depoimento pessoal da vítima, havia extrema reserva, por parte dos doutrinadores em creditá-lo com qualquer confiança. Nelson Hungria especifica que as declarações das mulheres devem ser recebidas pelo julgador com máxima reserva e desconfiança, posto que, no campo dos crimes sexuais, são comuns acusações falsas, notadamente por parte de “mulheres histéricas ou neuropáticas”⁵⁹.

3.2.2 Posse sexual mediante fraude e Atentado ao pudor mediante fraude

Enquanto os tipos penais do estupro e atentado violento ao pudor são caracterizados pelo emprego de meios violentos ou gravosos para consumação das condutas, os crimes referentes originalmente aos artigos 215 e 216 têm em comum o emprego de meio diverso para satisfação do dolo do ofensor: a fraude, antes prevista como elemento integrante do delito de defloração. Considerada como a utilização de meios ilusórios para contornar o dissenso da vítima e induzi-la a erro, era denominada por alguns autores de “estelionato sexual”. A posse sexual mediante fraude abarcava apenas a conjunção carnal, enquanto o atentado ao pudor mediante fraude abrangia atos libidinosos diversos do coito vagínico. Além da fraude, trazia como elemento constitutivo a exigência de honestidade da mulher, termo de carga altamente valorativa e que ensejava interpretações diversificadas, tanto pela doutrina quanto pelos magistrados.

A fraude que caracterizava a posse sexual e o atentado ao pudor deveria constituir erro inequívoco, seja sobre a pessoa, seja sobre a circunstância do fato, devendo o emprego de artifícios enganar totalmente a vítima, não havendo margem para que esta pensasse que a situação era legitimada pela ética sexual. Como exemplos clássicos, relatava a doutrina a simulação de casamento entre um casal, para que a mulher considere-se albergada pelo matrimônio, e a substituição de pessoa, como o exemplo de um homem que se faz passar pelo marido e mantém relações sexuais ou realiza ato libidinoso diverso com a esposa deste. Havendo dúvida acerca da efetividade da fraude, não seria a vítima albergada pela proteção penal.

⁵⁹ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 116-117.

O segundo elemento constitutivo dos tipos analisados era a exigência de honestidade da mulher, que apresenta uma variedade de interpretações doutrinárias. Segundo Hungria, a mulher honesta é aquela cuja conduta moral e sexual é irrepreensível, mantendo o mínimo de decência que atenda aos bons costumes⁶⁰. Galdino Siqueira define a honestidade como atributo da mulher recatada e de bom proceder, independentemente de sua virgindade, excluindo-se da proteção jurídica a prostituta⁶¹. Definição quase poética, mas de pouca serventia prática, é achada em Magalhães Noronha:

Mulher honesta é a mulher honrada, de decôro, decência e compostura. É aquela que sem se pretender traçar uma conduta ascética, conserva entretanto, no contacto 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 ela quem pode ser vítima da fraude (...) ⁶².

Noronha também opina pela exclusão da prostituta da proteção jurídica, bem como das mulheres aventureiras ou que não cumprem seus deveres conjugais, encerrando a questão ao fixar que a matéria deve ser decidida pela apreciação da pessoa da vítima. Mesmo juristas contemporâneos, como Damásio de Jesus, mantiveram estas classificações em suas obras, definindo, em 1993, a mulher honesta como aquela que se conduz dentro dos padrões aceitos pela sociedade em que vive, cuja sexualidade não é francamente desregrada⁶³.

O parágrafo único do artigo 215 previa ainda a forma qualificada quando o crime era cometido contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos. A virgindade exigida pelo legislador a este crime era apenas a virgindade física, ou seja, o não rompimento do hímen. Reconhecendo a pertinência da análise dos critérios de virgindade ao crime de Sedução, estes serão analisados no tópico posterior.

3.2.3 *Sedução e Rapto*

Apesar de terem sido previstos originalmente em capítulos diferentes, os crimes de Sedução e Rapto, em suas diversas modalidades, foram tipificados para proteger a natureza das relações amorosas e sexuais humanas, impedindo que outro caminho fosse tomado pela mulher que não o do casamento. Magalhães Noronha argumentava que a pureza da alma e do corpo da mulher era atributo necessário à constituição de novas famílias, o que justificava a

⁶⁰ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 139.

⁶¹ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1947. V. 2, P. 246.

⁶² NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 178.

⁶³ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 9.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1993. V. 3, P. 101.

proteção das jovens contra artifícios de sedução e descaminho⁶⁴. A conservação da virgindade física da mulher solteira constituía-se, segundo Hungria, em intransigente mandamento dos costumes sociais pátrios, tendo em vista que a mulher desvirginada fora do matrimônio perdia seu valor social⁶⁵.

Previsto no artigo 217, o crime de sedução substituía o tão criticado tipo penal do defloramento, trazendo inovações que segundo os autores da época coadunavam com a nova realidade social do Brasil moderno. Mantendo o critério da virgindade física para a configuração do crime, foi adicionado o critério de virgindade moral, para excluir da proteção da lei as “falsas virgens”. Este critério estava expresso pela necessidade de que o sedutor tomasse proveito da inexperiência ou justificável confiança da vítima para induzi-la à conjunção carnal. Outra mudança foi a diminuição da idade máxima de proteção penal de 21 para 18 anos, mantendo-se o limite mínimo de 14 anos para configuração do tipo.

Diferentemente da fraude, a sedução era considerada o meio franco de aliciar a vontade da seduzida para realização da conjunção carnal, utilizando-se o agente da inexperiência da adolescente ou da boa-fé desta. Magalhães Noronha definiu que o Código prestava sua proteção à donzela inexperiente, moça casta que não pode avaliar toda a extensão das consequências de seus atos, bem como desconhece as maldades do mundo e as ciladas do homem⁶⁶. A virgindade aliada à castidade tornou-se elementar para a caracterização típica da sedução. Por vezes, poderia se perdoar o rompimento do hímen, mas não havia espaço para proteção daquelas que não obedeciam aos bons costumes:

[o crime de sedução] não protege as frequentadoras assíduas de “garçonnières”, as passeadoras noturnas de automóvel, que com elas tudo se permite menos a... laceração do hímen astutamente conservado como prova de habilitação ao matrimônio que não perdem de vista. (...) Essas são mestras nas tramas do amor, (...) por uma inversão de papeis, a vítima frequente é o homem.⁶⁷

Apesar da guerra travada por Afrânio Peixoto nas décadas de 1920 e 1930 à “himenolatria” e sua descoberta do hímen complacente – aquele que não se rompia após a primeira conjunção carnal – a virgindade física restava ainda como objeto de estudo principalmente na Medicina Legal. O próprio Peixoto e seu contemporâneo, Flamínio Fávero, traziam em suas obras classificações pormenorizadas de hímenes, além de inúmeras páginas ilustrando todos os tipos e configurações possíveis da membrana. Não eram raras as narrativas

⁶⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 213.

⁶⁵ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 152-153.

⁶⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 218.

⁶⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 218.

de casos incomuns que chegavam até os médicos e, eventualmente, aos tribunais, e as discussões doutrinárias acaloradas acerca destes.

O rapto foi previsto originalmente no Código Penal de 1940 nos artigos 219 e 220 em duas modalidades distintas: rapto violento ou mediante fraude e o rapto consensual. Definido por Nelson Hungria como a subtração ou retirada da mulher honesta – não importando se solteira ou virgem, mas apenas honesta – de sua esfera de proteção legal ou zona de normalidade jurídica e sua subsequente coação sob o domínio ou poder arbitrário do agente⁶⁸. O rapto era considerado como uma ameaça à honra sexual das moças e de suas famílias, pois punha em cheque a organização familiar tradicional, na qual havia a transferência legal de poder do pai para o marido.

O artigo 221 trazia duas causas de diminuição da pena dos crimes de rapto: caso o agente restituísse a liberdade da vítima e efetuasse sua devolução à família, sem ter lhe causado dano ou praticado ato libidinoso, terá a pena diminuída pela metade. Ademais, caso o rapto tenha tido como fim o matrimônio do agente com a vítima, este terá sua pena diminuída de um terço, mesmo que haja cometido quaisquer atos libidinosos com a mulher raptada (no caso do rapto violento). Estas causas de abrandamento da pena são justificáveis, segundo a doutrina, por preservar ou reestabelecer a honra da mulher raptada, seja pela conservação de sua virgindade e/ou honestidade ou pelo estabelecimento de matrimônio, revelando o casamento como finalidade do ato criminoso e evitando que a mulher permaneça desprotegida pelo manto da ética moral. Além destas regras específicas para o crime de rapto, para todos os crimes sexuais aplicava-se a regra de exclusão de punibilidade no caso de casamento entre a vítima e o agente.

3.3 Crimes Sexuais: entre relações de vitimização e culpabilização

A construção pela doutrina da mentalidade que constituía como objetivo do Direito Penal a proteção da honra e virgindade femininas e, ao mesmo tempo, estabelecia critérios extremamente rígidos para consentimento desta proteção, estabeleceu uma relação entre os processos de vitimização e culpabilização das mulheres que sofriam e sofrem ofensas sexuais. A noção fortalecida a partir do Código de 1940 foi a de identidade entre as figuras da mulher e da vítima, considerando-a sempre como submetida e inerte a qualquer ofensa, sujeito de um direito concedido a ela pelo legislador que, no papel de também homem, via-se na

⁶⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3, P. 205.

obrigação de protegê-la. Esta proteção, todavia, não foi dada desinteressadamente: ela pressupunha a obediência a regras determinadas de conduta, para que pudesse ser protegido o bem jurídico da moral sexual.

Como destaca Vera Regina Pereira de Andrade, apesar da promessa de proteção, a realidade enfrentada pela mulher no Sistema de Justiça Criminal e perante a sociedade é a de múltiplas vitimizações, além daquela promovida pelo próprio crime: ao levar o fato ocorrido ao conhecimento público e penal, a mulher é examinada sob a “hermenêutica da suspeita”, sofrendo constrangimentos e humilhações. Tais vitimações subsequentes constituem a criminalização indireta⁶⁹ daquelas condutas que não atendem aos critérios estabelecidos pelo Direito, que aqui exerce sua função de controle e normalização social. No caso dos crimes sexuais, há a criminalização daquelas condutas que não são consideradas adequadas à moral sexual vigente por meio da seletividade na caracterização das vítimas como sendo apenas aquelas honestas e de conduta irrepreensível⁷⁰.

A mediação do discurso dogmático explorado ao longo do tópico anterior é responsável por conectar a criminalização das condutas contidas na lei sob o disfarce proteção e a criminalização que acontece perante o sistema penal. Este, como o *locus* de manifestação da estrutura de poder estabelecida na sociedade, prescinde na maioria das vezes do foco no fato típico, destacando os sujeitos envolvidos no caso no processo de julgamento de crimes sexuais. Autor e vítima sofrem a intervenção estereotipada do sistema penal e do juízo que este promove⁷¹, tornando a representação constituída pelos sujeitos perante o juiz elemento essencial à sua reputação, acarretando, na maioria das vezes, a inversão dos papéis entre réu e vítima e do ônus da prova⁷². Como se pôde observar, a doutrina jurídica discutia de forma

⁶⁹ A expressão “criminalização indireta”, que será central para a ideia desenvolvida no presente trabalho, não exprime o sentido exclusivamente jurídico de uma responsabilização decorrente diretamente da lei penal, mas sim a combinação de sentidos sociológico e jurídico, posto que representa um fenômeno que ocorre majoritariamente na sociedade, mas que se utiliza do aparato penal para fortalecer os efeitos da criminalização dos comportamentos indesejáveis.

⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 104, jan. 1996. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741>>. Acesso em: 12 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

⁷¹ HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline,. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 83.

⁷² Acerca das representações associadas a mulheres e homens nos julgamentos de processos-crime relativos a crimes sexuais, são notórios os estudos de: REICHERT, Emmanuel Henrich. **A sedução e a honestidade: representações de gênero nos processos de crimes sexuais (Porto Alegre, 1920-1926)**. 2008. 52 f. TCC (Graduação) - Curso de História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/16065>>. Acesso em: 05 maio 2018; SILVA, C. O. Embates discursivos em torno do crime de sedução em Londrina-Paraná (1940-1970). **Revista Tempo, Espaço e Linguagem**, v. 2, p. 46-67, 2011.; CLÁUDIO DUARTE, Luiz. Representações da virgindade. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 14, p. 149-179, jun. 2015. ISSN 1809-4449. Disponível em:

excessiva quais as características e qualidades que deveria ter a vítima de crimes sexuais; no entanto, não referenciava em qualquer momento, a possibilidade de haver o mesmo julgamento moral prévio do agressor.

Desta forma, qualquer mulher poderia, sob a suspeita de desonestidade, ser transformada de vítima a ré, sendo comum a culpabilização da vítima pelo crime cometido contra ela. São familiares, posto que ainda utilizadas, as teses argumentativas que alegam ter a vítima consentido, provocado, tido prazer ou mesmo forjado a ofensa sexual que sofreu. Tal mentalidade é confirmada, segundo Ardaillon e Debert⁷³, em crimes nos quais mesmo não havendo nenhum tipo de restrição quanto à proteção das mulheres, como o estupro, havia na prática do julgamento uma separação entre mulheres “honestas” e mulheres “não-honestas”, sendo somente as primeiras consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal.

O movimento feminista que se desenvolveu no Brasil ao longo da década de 1960 foi responsável pelos primeiros questionamentos acerca dos tipos penais dos crimes contra os costumes, lançando, junto à Criminologia Crítica, argumentações iniciais que visavam à descriminalização de ofensas contra a moral sexual. No entanto, a partir da década seguinte e do processo de liberação sexual, as tendências do movimento feminista brasileira sofreram alterações. Vera Regina menciona que, ao deparar com a descoberta de assombrosa cifra negra da violência contra a mulher, o movimento apropriou-se do discurso jurídico vitimizador, tentando tornar públicas as agressões sofridas pelas mulheres no âmbito privado, como por exemplo, a violência doméstica, o estupro marital e o assédio sexual no ambiente de trabalho. As influências captadas do movimento americano pelo lema “o privado é público”, desencadeou uma onda de demandas neocriminalizadoras do feminismo em relação ao Direito Penal, combinadas com a reivindicação anterior que pugnava pela revogação de crimes contra a moral sexual que tolhessem a sexualidade feminina⁷⁴.

O movimento feminista passou a utilizar-se, portanto, da função simbólica do Direito Penal, visando não apenas à punição em si, mas a discussão e conscientização coletivas acerca do caráter nocivo destas condutas, tentando mudar a perspectiva pública a

<<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8635349>>. Acesso em: 12 maio 2018.; DAVID, Priscila. Práticas e representações sobre os comportamentos femininos. Processos-crime de sedução e raptos (Assis/SP – 1950/1969). **Patrimônio e Memória**, v. 8, n. 1, p. 229-254. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/108062>>.

⁷³ ARDAILLON, Danielle, DEBERT, Guita Grin. **Quando a vítima é mulher**: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Ministério da Justiça, 1987. P. 23.

⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de., Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. 117 p.

respeito⁷⁵. Há, portanto, desde então, uma tentativa de plasmar no Direito Penal os valores feministas, orientando este a atuar positivamente em favor das mulheres. Estas construções, que são consideradas por muitas estudiosas como antagônicas, importam a realização de alguns questionamentos: é possível a convivência entre estes dois paradigmas? É viável a realização de medidas de justiça social por meio do Direito Penal? Qual a relação entre a desigualdade de gêneros e o Direito?

⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 88-89, jan. 1996. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741>>. Acesso em: 12 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

4 UMA ABORDAGEM CRÍTICA AO DIREITO PENAL: A CRIMINOLOGIA CRÍTICA FEMINISTA

A articulação do pensamento feminista enquanto movimento social e força heurística produtora de conhecimento impulsionou o questionamento das relações entre homens e mulheres, concebidas até então como fruto de uma ordem natural pré-estabelecida. Este questionamento atingiu também as ciências penais, notadamente a criminologia que, após o estabelecimento do paradigma da reação social, passou a ser pensada também a partir do gênero como categoria de análise. Neste capítulo serão abordadas as relações entre o poder punitivo e as mulheres, cujo momento inicial está situado na Inquisição registrada durante a Idade Média, representando a caça às bruxas uma primeira articulação do paradigma etiológico. Analisar-se-ão as construções teóricas contemporâneas, que levaram à introdução do pensamento feminista à Criminologia e, por fim, o papel do Direito Penal enquanto normalizador da conduta feminina, notadamente na seara sexual.

4.1 O poder punitivo sobre a mulher e a caça às bruxas

O poder punitivo não foi um conceito perene na história da humanidade. Durante séculos os conflitos humanos encontraram resolução fora do sistema penal de inquisição das partes envolvidas e penalização dos acusados. No entanto, a partir do momento em que o sistema que visava à reparação oferecida à vítima foi substituído pela interferência estatal, houve a apropriação da vítima pelo Estado que, já detentor do poder político, passou também a atuar pelo poder punitivo para decisão dos conflitos. Desta forma, iniciou-se o domínio do Estado na seleção de conflitos, bens e direitos que mereceriam a atenção e intervenção estatal.

A primeira manifestação do poder punitivo consolidado e organizado foi, segundo Zaffaroni⁷⁶, a Inquisição promovida notadamente⁷⁶ contra as mulheres durante o final da Idade Média, a partir da qual se expôs pela primeira vez um discurso integrado de critérios etiológicos para a identificação de criminosos, junto a um aparato penal, processual penal e criminalístico primitivos. No centro deste discurso estava a obra *Malleus Maleficarum*⁷⁷ (o

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009. Disponível em <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf> Acesso em 12 maio 2018.

⁷⁷ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das Feiticeiras**. São Paulo: Record, 2010.

Martelo das Bruxas), que é considerado pelo autor por como marco fundacional das modernas ciências penais.

Publicado na Europa em 1487 pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger, o Martelo das Bruxas era um extenso tratado dirigido aos julgadores de cortes eclesiásticas e seculares com instruções sobre como identificar, interrogar e condenar bruxas. A premissa central da obra era a de que o Demônio apropriava-se do corpo, esfera inferior ao espírito, para promover o mal e afastar os homens do caminho da salvação. O domínio do corpo ocorria através do controle e da manipulação dos atos sexuais, tendo em vista a relação entre sexualidade e pecado estabelecida pela doutrina cristã ainda no Gênesis. Embora este discurso não fosse novo, a inovação trazida pelo *Malleus Maleficarum* foi o estabelecimento de uma relação direta entre a bruxaria e a mulher, destacando afirmações relativas à perversidade, à malícia sexual, à fraqueza física e mental e a pouca fé das mulheres, o que as tornaria mais permeáveis aos desígnios do mal e, portanto, mais perigosas.

A conexão da mulher às características de periculosidade e lascívia estava ligada ao misticismo medieval relacionado aos saberes ancestrais que estas possuíam sobre a reprodução e à própria sexualidade. A existência de métodos primitivos de contracepção e interrupção da gravidez, que desvinculavam a sexualidade da procriação, e a presença de figuras como as parteiras, que detinham a exclusividade de conhecimento sobre o corpo feminino e os processos da gravidez, do parto e do puerpério, eram visto como elementos de feitiçaria capazes de serem utilizados pelo mal.

Este discurso fundacional do poder punitivo do Estado impedia qualquer questionamento à legitimidade de quem combatia a ameaça representada pelas bruxas e à validade dos meios utilizados para tal, como interrogatórios e torturas. Além disso, afirmava a inclinação de certos grupos ao pecado, pois constituíam seres biologicamente inferiores, e a impossibilidade de classificar todos os meios pelos quais o mal se manifestava, o que excluía todo e qualquer limite a acusação e punição⁷⁸. A utilização destes mecanismos de repressão em relação às mulheres resultou na morte de muitas, além da exclusão ou limitação da participação das sobreviventes na esfera pública que era delineada com o estabelecimento do Estado, confinando-a ao espaço privado e ao estereótipo de inferioridade e malícia. O nascimento do domínio patriarcal e da hierarquia social baseada neste deu-se, portanto, a

⁷⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 22-23.

partir da conjugação de diversas esferas de controle, quais sejam a família, o poder punitivo estatal e o discurso instrumentalizado para afirmar o controle masculino⁷⁹.

A dominação do corpo das mulheres, executada a partir da caça às bruxas, coincidia com a passagem do modelo feudal para o capitalismo, período marcado pela acumulação primitiva de riquezas e pelo apoderamento dos meios de produção, que deu origem a classes distintas e antagonistas. Isto posto, segundo Silvia Frederici⁸⁰, o estabelecimento do regime capitalista apoiou-se não apenas na exploração do trabalho proletário masculino, mas também e principalmente na exploração do trabalho reprodutivo e de cuidado feito pelas mulheres de forma gratuita em seus lares. Por meio do controle exercido sobre a sexualidade feminina e sobre os conhecimentos ancestrais que as permitiam controlar a reprodução, fundou-se uma divisão sexual do trabalho que transformou o corpo da mulher em instrumento para a reprodução e expansão da força produtiva e permitia a exploração do trabalho realizado na esfera doméstica de forma sem ônus algum.

A eficácia do controle sobre a mulher foi, segundo Zaffaroni⁸¹, tão indispensável à manutenção da hierarquia social capitalista quanto o próprio poder punitivo. A ocultação da presença da mulher enquanto sujeito ocorreu também na criminologia, posto que os discursos criminológicos que sucederam ao Martelo das Bruxas não mencionavam as mulheres, salvo referências tangenciais e esporádicas⁸². A criminologia voltou a ocupar-se do paradigma etiológico a partir da Escola Positivista, no entanto, o grau de complexidade social atingido nos anos 1960 acarretou um movimento de mudança de paradigma na explicação da criminalidade.

4.2 A necessidade de uma Criminologia Feminista

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009. Disponível em <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf> Acesso em 12 maio 2018.

⁸⁰ FREDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Editora Elefante, 2017. P. 213-214.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009. Disponível em <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf> Acesso em 12 maio 2018.

⁸² Dentre estas exceções destaca-se a obra de Lombroso “*La Donna Delinquente*”, publicada em 1892, na qual ele aplica às mulheres criminosas os estudos que havia realizado em relação às características da delinquência masculina. O discurso desenvolvido pelo autor era similar ao presente no Martelo das Bruxas, relacionando à mulher a características físicas inferiores, sexualidade exacerbada e personalidade amoral. Lombroso também classificou as delinquentes em diversas categorias, como criminosas natas, criminosas ocasionais, ofensoras históricas, criminosas passionais, suicidas, mulheres lunáticas, epiléticas e moralmente insanas.

Durante a segunda metade do século XX, a criminologia sofreu um giro epistemológico: o paradigma etiológico deu lugar ao paradigma da reação social, que negava o caráter ontológico do criminoso, orientando-se para o estudo da construção social do delito e do delinquente. No entanto, os estudos criminológicos continuaram a evitar a análise aprofundada da interação entre o sistema penal e a mulher, o que privava a criminologia de compreender a criminalização e o controle social exercido sobre metade da população.

4.2.1 A desconstrução do Direito Penal pela Criminologia Crítica

O paradigma etiológico defendido pela criminologia positivista permaneceu dominante durante a primeira metade do século XX, inspirando, como visto em capítulos anteriores, diversas codificações neste período. No entanto, a partir da década de 1960, teve início o questionamento sistemático do conceito de criminoso natural. A leitura social da criminalidade como um conceito ontológico e da criminologia como uma ciência causal-explicativa desta não era mais capaz de abarcar as razões pelas quais crimes eram cometidos. Surge, então, uma nova abordagem liderada pelos teóricos do *Labelling Approach*, que iniciaram o deslocamento do objeto de estudo da criminologia do homem delinquente para a produção social do desvio e do criminoso.

Os teóricos do etiquetamento enxergavam a criminalidade como o produto das interações sociais que resultavam na construção do status de delinquente, aliado à produção de rótulos e identidades sociais. Este novo paradigma lançou luz sobre a necessidade de compreensão das funções do sistema penal no processo de rotulação social, enquanto produtor de normas criminalizantes, bem como agente de reação contra os comportamentos definidos como delitivos. Como finaliza Malaguti, o papel exercido pelo sistema penal resultaria na construção de estigmas sobre os indivíduos considerados desviantes e sobre os quais seria exercido um controle penal seletivo e discriminatório⁸³.

Apesar do importante deslocamento de paradigma provocado pelo *Labelling Approach*, do “ser desviante” para o “definido como desviante”, esta teoria demonstrou sua insuficiência ao explorar apenas as condições abstratas de rotulação e relação social, deixando de lado a realidade concreta da influência de fenômenos sociais, econômicos e políticos na determinação das condutas desviantes. Como observou Baratta⁸⁴, a teoria da rotulação social

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 211. P. 75.

⁸⁴ BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:**

fez parte de uma gama contemporânea de teorias criminológicas liberais que, por sua análise fragmentária da construção da criminalidade, não reuniram condições de desenvolver uma crítica eficaz à ideologia do sistema penal como sistema de defesa social, além de estabelecer estratégias para sua superação.

A partir da década de 1970 do século passado, o raciocínio elaborado pela teoria da rotulação social passou a ser desenvolvido pelos sucessores da Escola de Frankfurt sob o viés de influência marxista. A criminologia resultante desta amálgama estabeleceu uma crítica que, para além do paradigma abstrato da reação social, buscava compreender as razões materiais que dão origem aos processos de criminalização. Em outras palavras, o enfoque da criminologia crítica ocorre sobre a dupla seleção do sistema penal: a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais, e a seleção de indivíduos estigmatizados dentro do conjunto daqueles que ofendem as normas penais⁸⁵.

Considerando o caráter seletivo do sistema penal, é possível perceber que este opera um complexo dinâmico de criminalizações que contrapõe o mito do direito penal como um direito igualitário, no qual apenas os bens comuns são protegidos e todos são passíveis de punição. Na realidade, o caráter fragmentário de proteção do Direito Penal, justificado muitas vezes pela sua condição de *ultima ratio*, não é utilizado para selecionar os bens mais importantes para todos os cidadãos, que serão valorados como dignos de serem protegidos, mas opera para dar atenção àqueles bens que importam à parcela da sociedade que tem acesso ao controle do sistema. Também é desigual a atribuição do *status* de criminoso, já que a reação social e jurídica ao crime independe da ofensividade da conduta executada, estando ligada à condição social do indivíduo que o comete.

Consequentemente, como enuncia Baratta, a criminologia crítica percebe a criminalidade como um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos⁸⁶. Desta forma, o Direito Penal é considerado o ramo do direito essencialmente

introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento criminológico, v. 1). p. 147.

⁸⁵ BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento criminológico, v. 1). p. 161.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento criminológico, v. 1). p.

desigual, sendo esta disparidade de tratamento facilmente percebida quando da análise dos mecanismos de criminalização utilizados por este. Desde a produção dos tipos penais até os mecanismos de execução da pena, passando pela ação dos órgãos investigativos e decisórios, é possível atestar a contradição entre a suposta igualdade formal dos indivíduos enquanto sujeitos jurídicos no sistema burguês do direito abstrato, e a desigualdade substancial nas posições que ocupam como indivíduos reais na relação social de produção.

O enfoque macrossociológico desvela o papel ativo do Direito Penal enquanto produtor e reproduzidor das desigualdades sociais e da estrutura vertical da sociedade. Por meio da aplicação seletiva das sanções penais, os indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos são estigmatizados, o que impede sua ascensão social, ao mesmo tempo em que a punição desses indivíduos é utilizada para ocultar a impunidade de um número mais amplo de condutas ilegais, notadamente aquelas realizadas pelos integrantes das classes socialmente privilegiadas, que permanecem imunes ao processo de criminalização.

A adoção do sistema carcerário, utilizado para o disciplinamento dos indivíduos considerados desviantes, representa o momento culminante do processo criminalizador e seletivo que se inicia muito antes da intervenção penal e consolida a entrada do indivíduo para a delinquência, formando um agrupamento de sujeitos passivos da relação estabelecida de desigualdade social. O cárcere é visto pelo sistema penal como a resposta da sociedade honesta a uma minoria criminosa. No entanto, é o próprio Direito Penal que recruta e gera a população criminosa, formada dos indivíduos mais marginalizados dentre aqueles já excluídos socialmente, constituindo, desta forma, um arranjo complexo de retroalimentação entre estrutura social e sistema punitivo.

A mudança de paradigma provocada pelo *Labelling Approach* e aprofundada estruturalmente pela Criminologia Crítica trouxe para o estudo sociológico da criminalidade aportes essenciais para a compreensão da contribuição ativa do sistema penal para a gênese da criminalidade, notadamente na sociedade capitalista moderna. No entanto, o discurso criminológico voltava sua atenção aos homens e suas experiências em relação ao sistema penal, tanto pela presença do homem no mundo formal do trabalho e na esfera pública, quanto pela predominância masculina nas instituições carcerárias.

O caráter androcêntrico e a sobregeneralização⁸⁷ das pesquisas criminológicas – e

161.

⁸⁷ De acordo com Margrit Eichler, o androcentrismo caracteriza-se quando há enfoque preponderante sobre a perspectiva masculina, apresentando-a como central para a experiência humana, de maneira que o estudo da

das ciências em geral – fazia com que a posição da mulher dentro deste universo de estudo representasse “apenas uma variável, não um sujeito”, nas palavras de Soraia da Rosa Mendes⁸⁸. A partir do desenvolvimento de uma teoria feminista, que possui como categoria de análise o gênero, em oposição ao sexo, e reconhece o patriarcado enquanto categoria estrutural de opressão feminina, operou-se um novo movimento de mudança de paradigma na criminologia.

4.2.2 A introdução do paradigma de gênero na Criminologia

As relações de poder na sociedade capitalista, embora marcadas profundamente pela distinção entre classes sociais, também são acompanhadas de outras clivagens, relativas à desigualdade de raça e de gênero, que são essenciais para o entendimento das estruturas de marginalização que funcionam de forma análoga em relação a negros e mulheres. Em virtude da necessidade de incorporação deste raciocínio específico, a criminologia feminista, ao analisar a opressão e marginalização sofrida pelas mulheres, afirma que a sua gênese não pode ser deduzida apenas como fruto da sociedade capitalista. Esta opera em acordo com outra estrutura distinta, porém análoga: a do poder patriarcal.

A construção elementar estruturada para explicar a diferença entre os sexos e, mais do que isso, justificar a superioridade masculina, foi assentada no argumento naturalista de matriz patriarcal que defendia que das características naturais de homens e mulheres decorrem necessariamente relações hierárquicas de subordinação. Desta forma, a corporificação de uma dimensão comum de vivência humana, qual seja a do sexo biológico, justificaria a noção de uma realidade partilhada por todos os homens e mulheres de forma universal e imutável. Existiria, portanto, um determinismo biológico que leva, invariavelmente, à diferença e à desigualdade entre dos sexos.

A justificação natural da assimetria entre homens e mulheres e da dominação masculina foi reproduzida ao longo da história por discursos religiosos e morais, além de, modernamente, perdurar como justificativa da subordinação feminina no discurso político. Desta forma, além da associação à natureza, principalmente motivada pela capacidade da

população feminina, quando existente, se dá unicamente em relação às necessidades, experiências e preocupações dos homens. Já a sobregeneralização de uma pesquisa consiste na realização de estudos apenas sobre a conduta do sexo masculino e apresentar os resultados deste estudo como válidos para ambos os sexos. Cf: EICHLER, Margrit. **Nonsexist Research Methods**: a practical guide. New York: Routledge, 1999.

⁸⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista**: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 157.

mulher de gerar filhos, foram traçados diversos paralelos entre a mulher e as “características femininas”, ligadas ao apelo emocional, à incapacidade de pensamento objetivo e racional e à fraqueza inerente atribuída ao seu corpo. O homem, no entanto, relacionava-se à força e à cultura, e, portanto, à habilidade humana de conquista e criação, expressa na atribuição ao homem da capacidade de pensamento objetivo e lógico que justificava também sua titularidade do poder.

Essa oposição entre cultura e natureza, homem e mulher, constituiu uma assimetria de dominação-sujeição que reforçou a divisão dos sexos entre a esfera pública e privada, constituindo, como aponta Pateman, objeto primordial de críticas pelas autoras feministas⁸⁹. A partir dessa crítica e do reconhecimento da insuficiência da análise exclusivamente biológica, institui-se a busca por uma categoria que permitisse o desvelamento das construções sociais realizadas em torno dos sexos, que culminou na construção da categoria de análise “gênero”. Joan Scott define que a utilização do termo gênero é marcada por duas características principais: a rejeição explícita de explicações biológicas para a subordinação feminina e o desvelamento das relações de poder existentes e construídas entre os sexos. Segundo a autora:

(...) o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar “construções culturais” - a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. Trata-se de uma forma de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de homens e de mulheres. “Gênero” é, segundo esta definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado.⁹⁰

O uso do termo “gênero” enfatiza, portanto, um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado por ele, nem determina diretamente a sexualidade. Em outras palavras, o uso desta categoria não descarta totalmente a análise inerente ao sexo biológico, mas leva em consideração principalmente o caráter socialmente construído das distinções entre homens e mulheres, constituindo uma categoria separada, portanto, do sexo.

O aspecto relacional trazido pela análise da construção social da identidade de gênero passa a examinar não mais características de mulheres e homens, tidas como dadas, mas as definições normativas sobre a feminilidade e masculinidade, permitindo, como aponta

⁸⁹ PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia Público/Privado. In: MIGUEL, Luiz Felipe; BIROLI, Flávia. **Teoria Política Feminista**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013. Cap. 1, p. 62.

⁹⁰ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-90, 1995. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>>. Acesso em: 07 jul. 2017

Connell⁹¹, que se identifique como as práticas sociais de sua formação se dirigem aos corpos. Desta forma, a análise proposta busca aliar o estudo das relações sociais, o processo da construção do gênero e seu impacto particular sobre os indivíduos. Como bem sintetiza Scott: “para buscar o significado, precisamos lidar com o sujeito individual, bem como com a organização social, e articular a natureza de suas interrelações, pois ambos são cruciais para compreender como funciona o gênero”⁹².

No caso do gênero, a partir da tentativa de decodificação do significado das complexas relações dessa natureza que ocorrem na sociedade e como elas são representadas, dá-se destaque ao processo de sua formação, bem como ao seu caráter intrinsecamente ligado a expressão do poder. Desta forma, o gênero como categoria de análise surge como importante ferramenta de investigação das relações sociais baseadas em distinções estruturais de poder, constituídas notadamente em relação à mulher. Ao compor os elementos da definição de gênero, Scott⁹³ define como núcleo de sua proposição a conexão entre duas afirmações: além da consideração de que o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos, reconhece-se que o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder.

Ao plasmar a lente da análise de gênero no campo de exame crítico do sistema penal, percebe-se que este privilegia o homem enquanto sujeito ativo de seu controle, dirigindo-o apenas subsidiariamente à mulher, em caso de crimes próprios (como o aborto, o infanticídio, etc) ou crimes relativos à família (como o antigo tipo penal de adultério). Na maior parte das vezes, a posição da mulher ao adentrar o sistema de justiça criminal é a de vítima, supostamente resguardada sob a proteção do direito contra a violência sofrida. No entanto, o caráter do sistema penal enquanto um subsistema de controle social, seletivo e estigmatizante, atua também sobre a vítima, constituindo o ponto de destaque de um processo de opressão que ocorre de forma contínua, desde os níveis de controle social informal até o controle de caráter formal exercido pelo sistema penal, com o objetivo de manter a hierarquia social entre os gêneros.

⁹¹ CONNELL, Robert W.. Políticas da Masculinidade. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.185-206, julho/dezembro, 1995. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71725>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁹² SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-90, 1995. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>>. Acesso em: 07 jul. 2017

⁹³ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-90, 1995. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>>. Acesso em: 07 jul. 2017

Não há, portanto, ruptura entre a discriminação exercida sobre mulher nas relações familiares (comandadas por pais e maridos), trabalhistas ou profissionais (dirigidas pelo chefe), relações sociais em geral (entre vizinhos, amigos, estranhos, nos processos de comunicação social) e o sistema de justiça criminal. A função deste último é manter e reproduzir as assimetrias de gênero existentes na sociedade, aplicando seletivamente sua proteção ao mesmo tempo em que criminaliza em diversos níveis aquelas vítimas que não se encaixam nas determinações patriarcais. Como expõe a autora:

Para além, contudo, da ênfase criminológica crítica na construção seletiva da criminalidade, na criminalização seletiva, ou seja, na distribuição desigual do status negativo de criminoso, é necessário enfatizar, na esteira da Criminologia feminista, a construção seletiva da vitimação (que não aparece nas estatísticas), uma vez que o sistema também distribui desigualmente a vitimação e o status de vítima; até porque autor-vítima é um par que mantém, na lógica adversarial do sistema de justiça, uma relação visceral: reconhecer autoria implica, tácita ou expressamente, reconhecer vitimação. A impunidade é a contra-face do processo.⁹⁴

O sistema de justiça criminal constituiria, portanto, um mecanismo de integração do controle exercido sobre a mulher pela disciplina patriarcal, interligando todos os níveis de repressão e mantendo sua subordinação, majoritariamente sob a posição passiva da vítima. O núcleo do controle patriarcal exercido sobre a mulher encontra-se centrado na sua sexualidade que, aprisionada na sua função reprodutora e enclausurada na esfera privada, constitui o eixo pelo qual se efetivam as relações de dominação e opressão femininas.

4.3 O Direito Penal como disciplinador da mulher e a tutela jurídica da sexualidade feminina

Apesar do modelo apresentado pela Criminologia Feminista, ainda há ainda resistência por parte de teóricos da Criminologia Crítica ao reconhecimento da validade de uma hierarquia de gênero protegida e retroalimentada pelo sistema penal. Nesta esteira destaca-se Alessandro Baratta⁹⁵, para quem o sistema de controle dirigido exclusivamente à mulher, em seu papel de gênero, é o informal, aquele que se realiza apenas no âmbito familiar. Para o autor, o direito penal como um sistema de controle específico das relações de propriedade, da moral e do trabalho, bem como da ordem pública que o garante. Desta forma,

⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 20 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

⁹⁵ BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. P. 45-46.

a esfera da reprodução e da sexualidade não é objeto de controle pelo poder punitivo público.

Em que pese a essencial contribuição de Baratta à Criminologia Crítica, não é possível aderir a sua opinião de que a mulher não sofre limitações do poder punitivo em sua autonomia sexual e reprodutiva. Como demonstrado em tópico anterior, a construção de uma hierarquia de matriz patriarcal importou não apenas em uma simples divisão entre homens e mulheres nas esferas pública e privada, mas sim um processo de divisão sexual do trabalho e de repressão da sexualidade feminina que teve como médium o sistema penal e que possibilitou, a partir da construção de uma mentalidade de desprezo à mulher, o controle sobre seu corpo em diversos níveis da sociedade.

Esta mentalidade sobre a mulher, reconstituída ao longo da história sempre encontrou amplo suporte no discurso jurídico, que privava as mulheres da autonomia e ecoava a inferioridade feminina não só no âmbito biológico, mas também moral. É seguro afirmar, portanto, que o Direito, e notadamente o Direito Penal, exerceu o papel de normalizador das condutas femininas, sendo fator importante para a manutenção das desigualdades de gênero e da opressão da mulher, do nível familiar ao nível discursivo de justificação.

Na seara sexual, é possível verificar a atuação do Direito enquanto corresponsável pela tutela da sexualidade feminina. Foi imposta à mulher a identificação entre ato sexual e as funções reprodutoras que, consagradas pelo matrimônio, deveriam constituir a ocupação máxima do corpo feminino. O exercício da sexualidade pela mulher fora deste padrão importaria não apenas em pecado, mas em uma situação de interesse jurídico e que o Direito tentava impedir. Como visto no capítulo anterior, o processo de controle da sexualidade feminina, que tentava desvencilhar-se do poder patriarcal no início do século XX, operou a reafirmação na lei penal da proteção da honra, da moral sexual e dos bons costumes, e não da liberdade sexual.

Desta forma, a existência de tipos penais como o rapto, a sedução, a posse sexual mediante fraude, entre outros, não visavam à proteção da mulher ou a punição da violência infligida a ela, mas sim à manutenção da hierarquia desigual estabelecida entre homens e mulheres e do controle sobre o corpo feminino. Apesar de identificar apenas as mulheres como vítimas de violência, sua proteção pelo sistema penal era condicionada ao atendimento dos critérios estritos e quase inatingíveis de honestidade e virgindade estabelecidos pelos tipos penais e amplificadas na prática jurídica por juízes e doutrinadores.

A utilização pelo sistema penal da lógica da honestidade consistia não apenas em

um processo seletivo de vitimização, mas na criminalização indireta do exercício da sexualidade pela mulher. Embora o direito penal intencionasse a criminalização apenas da conduta do agressor e a preocupação com a violência sofrida pela vítima, a imposição de um perfil não apenas desejável, mas exigível para o amparo da mulher e para o reconhecimento de dano e de violência a esta constituía também processo de criminalização das condutas que não se conformassem ao papel estabelecido para a mulher na sociedade patriarcal.

Apesar das mudanças operadas na legislação, ainda prevalece na realidade institucional em grande medida a lógica moldada em 1940 de discriminação e culpabilização da vítima pela violência sexual sofrida. Os processos de seletividade e de reprodução das desigualdades de gênero característicos do sistema de justiça criminal culminam, em casos de crimes sexuais, na multiplicação da violência sofrida pela vítima, além do julgamento da sua reputação e muitas vezes da criminalização de sua conduta sexual. Desta forma, mulheres que utilizam a prostituição como recurso para sua sobrevivência ou que não se conformam aos padrões de feminilidade ou sexualidade prevalentes, por exemplo, permanecem ainda hoje à margem da proteção.

Após a análise feita no presente capítulo, é possível perceber a incapacidade do sistema da justiça penal, salvo situações contingentes e excepcionais, como meio para a proteção das mulheres contra a violência sexual, tendo em vista o compromisso deste sistema com a produção e reprodução das desigualdades de gênero e classe. Subscrevendo à perspectiva explanada por Vera Regina Pereira de Andrade⁹⁶, buscar no Direito Penal a ferramenta necessária para proteção e emancipação femininas é uma trajetória de alto risco, pois submete a mulher a um processo que desencadeia mais violência e problemas do que aqueles que se propõe a resolver. Nessa perspectiva, conclui-se que o sistema penal é meio inidôneo para buscar a reestruturação da hierarquia social e a realização de medidas de justiça social que possam, de fato, fazer frente às relações de desigualdade e discriminação.

Reconhecer a ineficácia da “proteção” prometida pelo Direito Penal às mulheres não significa deixar de tutelar a defesa de sua liberdade e autonomia ou de coibir a violência de gênero, especialmente a de matriz sexual. No entanto, estas medidas devem tomar contornos diferentes das atualmente propostas no ordenamento jurídico brasileiro, baseadas unicamente na facilitação do encarceramento, representada principalmente pelas medidas

⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina?. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 87-114, jan. 1996. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741/14254>>. Acesso em: 21 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

dispostas na Lei nº 8.072/1990⁹⁷, para crimes hediondos, dentre os quais se incluem as modalidades de estupro, e na criação de novos tipos penais que punem a violência sexual, como a tipificação do assédio sexual, crime incorporado ao Código Penal pela Lei nº 10.224/2001⁹⁸.

A alternativa proposta por autores como Luigi Ferrajoli⁹⁹, do estabelecimento de um Direito Penal Mínimo, orientado pelo princípio da lesividade, que autoriza a criminalização somente de condutas que atingem indivíduos “de carne e osso” e implicam danos concretos contra bens jurídicos tangíveis, é opção viável para redigir tipos penais mais concisos e adequados às situações fáticas, além de empreender a responsabilização dos homens pelas violências cometidas contra as mulheres e prevenir a criminalização primária sofrida por estas. Em relação à criminalização secundária, efetivada principalmente nos diversos níveis do sistema penal, é necessário o estabelecimento de um sistema processual autônomo, que não possa ser interpretado dentro das categorias conservadoras e limitadas da dogmática jurídica. Esta proposta, elaborada por Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho¹⁰⁰, tem na Lei Maria da Penha seu principal exemplo de eficácia legislativa.

A Lei 11.340/06¹⁰¹ foi o ponto culminante de décadas de luta do movimento feminista brasileiro pelo reconhecimento e condenação da violência doméstica contra a mulher. A legislação englobou uma abordagem que aliava medidas de assistência, prevenção e contenção da violência sofrida pela mulher, além daquelas medidas acionáveis na esfera jurídica. A Lei Maria da Penha estabeleceu um sistema jurídico independente da esfera meramente penal, regido por regras próprias de interpretação, aplicação e execução e

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010. 766 p.

¹⁰⁰ CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira". In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.143-172. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf> Acesso em 22 maio 2018.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

orientado para o atendimento das condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Desta forma, a lei traz rol extenso de medidas de caráter extrapenais que ampliam a tutela da violência contra a mulher e permitem a criação de políticas públicas para o enfrentamento dos diversos tipos de opressão que se aliam a ela. Dentre estas inovações, é possível citar a criação normativa da categoria de “violência de gênero” para designar qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, e a redefinição da expressão vítima para “mulheres em situação de violência doméstica”, visando indicar a real complexidade da situação de violência e evitar a estigmatização contida no vocábulo vítima, enquanto sujeito apenas passivo da agressão.

A legislação também inovou ao prever diversas medidas cautelares autônomas de proteção da mulher, dirigidas tanto a esta quanto ao agressor, oferecendo alternativas mais viáveis e efetivas a decretação da prisão cautelar. Desta forma, tornaram-se medidas cautelares o afastamento do agressor do lar ou do local de convivência com a ofendida, a decretação de medida protetiva para evitar contato ou aproximação entre os envolvidos no caso e o agressor, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores e a obrigação de prestar alimentos provisionais ou provisórios à ofendida. Também pode ser decidido o afastamento da mulher do lar, sem prejuízos a seus bens, a guarda dos filhos ou a demanda por alimentos, além da decretação de separação de corpos entre agressor e ofendida.

Além dos recursos citados, a lei instaurou Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência para atuar em causas cíveis e penais, facilitando a resolução das demandas jurídicas geradas a partir do reconhecimento da situação de violência e evitando a criminalização das mulheres nas diversas esferas burocráticas do sistema penal. Em conjunto com o atendimento realizado nas Delegacias Especializadas no Atendimento a Mulheres, criadas ainda em 1984, a lei orientou todas as autoridades policiais a primar pela não revitimização da mulher, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, bem como questionamentos sobre a vida privada que ensejassem qualquer tipo de julgamento moral.

Como é possível perceber após a análise superficial da Lei Maria da Pena apresentada acima, essa legislação garantiu sua eficácia ao expandir a proteção aos diversos âmbitos de violência doméstica contra a mulher e ultrapassar o campo meramente repressivo, evitando a criação de novos tipos penais incriminadores e privilegiando a normatização de políticas públicas capazes de abordar com competência situações de violência contra a

mulher. Esse tipo de proposta legislativa demonstra que é possível utilizar-se do aparato jurídico para a proteção das mulheres em situação de violência, mas que este não pode ser o único recurso disponível para o enfrentamento destas situações, sob pena da criação de inúmeras normas penais simbólicas e desnecessárias. Em última análise, é preciso que o sistema jurídico se adeque à realidade da violência sofrida pela mulher, e não o contrário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante séculos, a mulher teve sua liberdade sexual negada pelas diversas instâncias sociais e a identificação do seu corpo com a mera capacidade reprodutiva levava ao questionamento da própria existência da sexualidade feminina. O argumento naturalista de uma distinção inerente entre os sexos foi a base para a formação de uma sociedade de matriz patriarcal, que reconhecia no homem a superioridade física e intelectual e, portanto, o direito de exercer o controle sobre a mulher e a esfera privada do lar.

Esse pensamento, baseado na alegação de uma distinção natural e inerente aos sexos biológicos, orientou não apenas a formação de uma mentalidade social, mas também constituiu os pressupostos para uma mentalidade jurídica que por séculos falhou em reconhecer o direito das mulheres à cidadania, à autodeterminação e à igualdade. Essa noção foi plasmada também no campo penal que, utilizando-se do poder punitivo do Estado, tratou de fixar a mulher no papel de vítima, sujeito passivo das condutas criminalizadas pelos tipos penais, notadamente nos dispositivos que tratavam das violações sexuais. No entanto, a proteção subentendida pela condição de vítima frequentemente trazia disfarçada a criminalização da conduta sexual feminina.

Exemplo desse tipo de abordagem aos delitos sexuais é o Código Penal de 1940, redigido após o início do Estado Novo, que decidiu eleger como bem jurídico tutelado os costumes sociais, na esperança de conter o avanço dos pensamentos modernos no Brasil que poderiam levar a emancipação feminina. Desta forma, diversos setores sociais sustentaram, sob o argumento de uma crise moral do país que ameaçava as famílias, a necessidade de proteger apenas as “verdadeiras vítimas” dos crimes sexuais.

A partir da nova legislação, sob o título de Crimes contra os Costumes, foram albergados os tipos penais que visavam manter a ética sexual e a organização tradicional da sociedade. Como visto a partir da análise dos elementos objetivos e subjetivos de tipos penais como estupro, sedução, rapto, dentre outros, é possível concluir que não havia pretensão de proteção da liberdade sexual das mulheres, mas sim da moral sexual, tornando a proteção restrita apenas àquelas mulheres consideradas honestas ou virgens.

A doutrina jurídica, formada em sua esmagadora maioria por homens, teve papel essencial na legitimação do discurso construído a partir de 1940, desenvolvendo larga

argumentação acerca das características que constituíam a honestidade e a virgindade, física ou moral, das vítimas de delitos sexuais, tratamento que perdurou por 69 anos até a completa remodelação do título referente aos crimes contra os costumes. A partir dessa constatação, é possível concluir que a doutrina jurídica brasileira na seara penal contribuiu como mediador entre os tipos formulados no Código Penal e o sistema jurídico encarregado de aplicá-los, possibilitando a justificação do discurso orientado pela exigência de honestidade e virgindade da mulher vítima de violência sexual.

Apenas com a reforma legislativa ocorrida em 2009 houve o reconhecimento da dignidade sexual como bem jurídico tutelado, bem como a consolidação da retirada de toda e qualquer determinação de gênero e de sexo para a caracterização das vítimas de crimes sexuais. Desta forma, é possível afirmar que a violência sexual não é cometida exclusivamente contra as mulheres, mas o número prevalente de mulheres vitimadas por agressões dessa natureza¹⁰² é ocasionado pelo estabelecimento de relações de poder constituídas dentro de uma sociedade hierarquizada pelo gênero, e que a ocorrência de violações sexuais representa a objetificação do corpo feminino, extraindo do indivíduo a sua condição de humanidade e, portanto, de sujeito de desejos e de direitos sobre o próprio corpo.

No entanto, a mentalidade de julgamento moral das mulheres e a culpabilização destas pela agressão sofrida permanece enraizada no sistema penal, levando a múltiplas situações de violência cometidas dentro de sua estrutura burocrática. A partir da constatação dessa realidade, iniciou-se esforço para compreender o sistema penal e a opressão das mulheres, por meio do aporte dos estudos criminológicos realizados a partir dos anos 70.

As contribuições elaboradas pela Criminologia Crítica permitiram o desvelamento do caráter rotulador do Direito Penal em relação à criminalidade. Motivado pela necessidade de manutenção da discrepância entre as classes sociais e do domínio de uma sobre a outra, concluiu-se que o sistema penal opera sob a lógica da seletividade de indivíduos que serão criminalizados e da desigualdade de tratamento entre aqueles que cometem crimes.

¹⁰² Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em 2014 foram notificados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) um total de 20.085 casos de estupro no Brasil, dos quais 88,5% eram relativas a vítimas do sexo feminino e mais da metade destas tinha menos de 13 anos de idade. Além disso, segundo dados do mesmo órgão, em 2014, os homens foram os agressores em 94,1% dos casos de estupro, ao passo que as mulheres foram as perpetradoras em 3,3% dos casos. Esse número é considerado baixo, tendo em vista que no mesmo período os órgãos de segurança pública registraram 47.646 ocorrências de estupros, o que denota a falha de comunicação entre os órgãos responsáveis por auxiliar as vítimas. Cf: BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014**. Rio de Janeiro: IPEA, 2017. 38 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2313.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

O pensamento crítico da criminologia levou a explorações pelo movimento feminista da relação entre o sistema penal e a hierarquia patriarcal existente na sociedade, ocorrendo a introdução do gênero enquanto categoria de análise das relações jurídicas. A partir desse novo viés de investigação, foi possível perceber que o Direito Penal tem como papel principal, em relação às mulheres, a normalização de condutas e papéis sociais atribuídos às mulheres, adequando-as ao *status quo* dominante.

A tutela jurídica da sexualidade feminina encontra no sistema penal o elemento unificador das várias instâncias que reproduzem a hierarquia de gêneros, operando igualmente de forma seletiva e discriminatória em relação às vítimas. É possível concluir, portanto, que há uma criminalização indireta do exercício da sexualidade pela mulher pelo Direito Penal, posto que as vítimas são julgadas pelo sistema de justiça sob a lógica da honestidade, que limita a proteção às mulheres e ocasiona múltiplas situações de violência além daquela já sofrida.

É necessário explorar novas formas de combater a violência sexual e fornecer apoio às vítimas. A utilização exclusiva de sanções penais simbólicas não é meio idôneo pra realizar a justiça social no campo do gênero, pior ainda em relação à violência sexual, posto que o sistema penal não é capaz de prevenir novos crimes ou mesmo apurar e penalizar aqueles já ocorridos. Conclui-se, a exemplo da Lei Maria da Penha, que a elaboração legislações que visem não o aumento do poder punitivo do Estado, mas sim o estabelecimento de uma política pública de assistência multidisciplinar que inclui a sanção, mas não é baseada exclusivamente nela, pode ser capaz de oferecer alternativas de tratamento às situações de agressão sexual, promovendo formas mais coerentes e eficazes de combate à violência de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de., **Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. 117 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 20 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 104, jan. 1996. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741>>. Acesso em: 12 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

ARDAILLON, Danielle. DEBERT, Guita Grin. **Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Ministério da Justiça, 1987.

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

BARATTA, Alessandro; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento criminológico; v. 1)

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda de Plenário. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para retirar anacronismos relativos ao tratamento jurídico da mulher**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=185544&filename=EMP+1/2003+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer proferido em Plenário, Dep. Luiz Antonio Fleury, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, e, no mérito, pela aprovação da Emenda de Plenário, na forma da Subemenda Substitutiva Global de Plenário apresentada**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=185537&filename=PEP+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer reformulado em Plenário pelo Relator, Dep. Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação das alterações propostas pelo art. 1º do Substitutivo do**

Senado Federal para os arts. 148, § 1º; 226; 227; 231 e 231-A do Código Penal e dos arts. 2º e 3º do referido Substitutivo; e pela rejeição das alterações propostas pelo art. 1º do Substitutivo do Senado Federal para os arts. 123, 134, 213, 214, 215, 216, 225 e 225-A do Código Penal, mantendo a redação proposta pelos arts. 1º e 2º do texto aprovado na Câmara dos Deputados em 27/11/2003, para os arts. 215 e 216 do Código Penal, bem como o art. 7º desse mesmo texto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=275541&filename=PSS+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 117 de 2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=60FC5F0A2449A3A5CA8EA92256935490.proposicoesWebExterno2?codteor=114145&filename=PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Serviços Gráficos, 2005. 582 p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/84599>> Acesso em 14 mar 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Requerimento nº 002/2003 para a criação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/57649>> Acesso em 15 mar 2018.

BRASIL. **Decreto nº 2.005, de 02 de outubro de 1937**. Declara, pelo prazo de noventa dias, equiparada ao estado de guerra, a comoção intestina grave, em todo território nacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2005-2-outubro-1937-472109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 mar 2018.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014**. Rio de Janeiro: IPEA, 2017. 38 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2313.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001**. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 15 mar 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 12**, publicado em 02/mar/2005, p. 03659.

BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal nº 146**, publicado em 14/set/2004, p. 29238

BRASIL. Senado Federal. **Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 103, de 2003 (PL nº 117, de 2003, na Casa de origem), que altera artigos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para atualizar as infrações penais praticadas por ou contra a mulher, igualar o tratamento jurídico às vítimas de crimes sexuais, tipificar o tráfico interno de pessoas, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=244655&filename=EMS+117/2003+%3D%3E+PL+117/2003> Acesso em 15 mar 2018.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **Biodireito e Gênero.** Ijuí: Ed. Unijuí. 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. "Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira". In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.143-172. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf> Acesso em 22 maio 2018.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos da parte especial do Código Penal de 1940.** In: Revista de informação legislativa, v.6, nº 24, p. 120, out./dez. de 1969. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224148>> Acesso 14 de março de 2018.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os delictos contra a honra da mulher.** 1. ed. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897.

CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940).** São Paulo, SP: Ed. da UNICAMP, 2000.

CLÁUDIO DUARTE, Luiz. Representações da virgindade. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 14, p. 149-179, jun. 2015. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8635349>>. Acesso em: 12 maio 2018.

CONNEL, Robert W.. Políticas da Masculinidade. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.185-206, julho/dezembro, 1995. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71725>>. Acesso em: 30 out. 2017.

DAVID, Priscila. Práticas e representações sobre os comportamentos femininos. Processos-crime de sedução e rapto (Assis/SP – 1950/1969). **Patrimônio e Memória**, v. 8, n. 1, p. 229-254. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/108062>>.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

EICHLER, Margrit. **Nonsexist Research Methods**: a practical guide. New York: Routledge, 1999.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 11.ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980. 2v.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina Legal**. 5.ed. São Paulo, SP: Martins, 1954. 3v.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 8.ed. Sao Paulo: Martins, 1966. 3v.

FERLA, Luís Antônio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida** - do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). 2005. Tese (Doutorado em História Econômica) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.. doi:10.11606/T.8.2005.tde-26052005-184255. Acesso em: 19 mar 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal . 3. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, vol. 2: parte especial. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline,. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1945. V. 3.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**: decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1981. V. 3.

HUNGRIA, Nelson. Crimes sexuais. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, n. 70, abr. 1937, p. 8-18, 216-227.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal: decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1979. v.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao código penal: decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 4.ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1959. v.

ITÁLIA. **Regio Decreto nº 1398, de 19 de outubro de 1930. Codice Rocco**. Itália, Disponível em: <<http://www.uwm.edu.pl/kpkm/uploads/files/codice-penale.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 9.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1993. V. 3.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das Feiticeiras**. São Paulo: Record, 2010.

MACHADO, Alcântara. **O projeto do código criminal perante a crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 47-48. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65894/68505>> Acesso em: 11 mar. 2018

MACHADO, Alcântara. **Projeto do Código Criminal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 34, n. 2, p.193-494, 1 jan. 1938. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v34i2p193-494>. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, Belo Horizonte, p.61-87, abr. 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/viewFile/24/23>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. As raízes da ordem: os intelectuais, a cultura e o Estado. In: **A Revolução de 30: seminário internacional realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea da Fundação Getúlio Vargas**. Brasília, Df. Ed: Universidade de Brasília, 1982. p. 508.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia Público/Privado. In: MIGUEL, Luiz Felipe; BIROLI, Flávia. **Teoria Política Feminista**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013.

PEIXOTO, Afrânio. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves, 1946. v.

PEIXOTO, Afrânio. **Sexologia Forense**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

PINSKY, Carla Bassanezi. A era dos modelos rígidos. In: Pinsky, C.B., Pedro, J.M. (Org.). **Nova história das mulheres no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Contexto, 2013. P. 469-512.

POZZO, Carlos Umberto Del. O projeto de Código Criminal Brasileiro (a caminho do positivismo criminológico). **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 621-635, jan. 1940. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65927/68538>>. Acesso em: 19 mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v35i3p621-635>.

RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2017. p. 578 – 605.

REICHERT, Emmanuel Henrich. **A sedução e a honestidade**: representações de gênero nos processos de crimes sexuais (Porto Alegre, 1920-1926). 2008. 52 f. TCC (Graduação) - Curso de História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/16065>>. Acesso em: 05 maio 2018.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p.71-90, 1995. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>>. Acesso em: 07 jul. 2017

SILVA, C. O. Embates discursivos em torno do crime de sedução em Londrina-Paraná (1940-1970). **Revista Tempo, Espaço e Linguagem**, v. 2, p. 46-67, 2011.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela do. Brasília: Atlas, 2003. 2v. (História do direito brasileiro)

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1950-1951. n.v

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1947. 4v

VELLOSO, Mônica Pimenta. **Os intelectuais e a política cultural do Estado Novo**. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 1987. 56 p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6604/803.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel, FLORESTAN, Fernandes. **Max Weber**: Sociologia. 4. ed. São Paulo: Ática, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique,. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009. Disponível em <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf> Acesso em 12 maio 2018.