

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – *CAMPUS* DE CACOAL
Departamento do Curso de Direito

**O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A VITIMIZAÇÃO DA
MULHER**

Izaura Alves de Camargo

Cacoal-RO
2007

IZAURA ALVES DE CAMARGO

**O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A VITIMIZAÇÃO DA
MULHER**

**Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Fundação
Universidade Federal de
Rondônia UNIR – *campus* de
Cacoal como requisito parcial
para obtenção do Título de
Bacharel em Direito, sob a
orientação do professor Esp.
Marcus Vinicius Xavier de
Oliveira.**

**Cacoal-RO
2007**

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO ORIENTADOR

A acadêmica IZAURA ALVES DE CAMARGO desenvolveu o presente Trabalho de Conclusão de Curso sob o tema “O Estupro Enquanto Violência de Gênero e a Vitimização da Mulher”, observando os critérios do Projeto Monográfico, apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus Cacoal*.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado prazos fixados pelo Departamento do Curso de Direito.

Destarte, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva de sua monografia junto à banca examinadora.

Cacoal-RO, 13 de agosto de 2007.

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira

Professor Orientador

IZAURA ALVES DE CAMARGO

**O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A VITIMIZAÇÃO DA
MULHER**

AVALIADORES

_____	_____
1º Avaliador	Nota
_____	_____
2º Avaliador	Nota
_____	_____
3º Avaliador	Nota
_____	_____
Média	

Às mulheres da minha vida, Andreлина Ribeiro, minha amada mãezinha, pela vida e amor com que me educou; Marilene e Erondina, minhas irmãs queridas; Luiza, a minha rosa, pela certeza de que somos capazes de amar alguém mais do que a nós mesmos.

Aos homens da minha vida, Noel Camargo, meu querido pai; Vanderlei e Vilson meus irmãos; Felipe e Lucas, meus filhos amados, pela felicidade de saber que não passamos em vão por esta vida; Bertoldo, pela certeza de que existem histórias de amor que são previamente escritas por Deus, fazendo com que sintamos tão profundo este amor que até nossa alma se sinta amada.

Agradeço a Deus, a meus amigos, colegas e professores, com quem nestes cinco anos compartilhei momentos da minha vida e de quem recebi uma valiosa contribuição em prol do meu crescimento pessoal, que é o que me motiva a seguir.

Pelo menos três ideologias teimam em dominar o sentido comum dos juristas: o capitalismo, o racismo e o machismo.

Rui Portanova. Desembargador/RS

O grande desafio da humanidade, e especialmente dos operadores do Direito, estaria, pois, na capacidade de pensar, viver, e decidir a realidade sem medo de exaurir-se.

Silvia Pimentel

RESUMO

A violência contra a mulher, especialmente a violência sexual, e mais especificamente o estupro, tem sido objeto de debates e discussões numa perspectiva dos direitos humanos já há algum tempo, porém, atualmente, tem assumido um papel relevante na discussão da violência sexual de gênero, por tratar-se de crime cujo sujeito passivo não poderá ser outra pessoa senão a do sexo feminino, e, em contrapartida, o sujeito ativo terá necessariamente que ser o homem, definindo a violência empregada com o abuso do poder nas relações interpessoais forjadas na evolução da humanidade e que se manteve por vários séculos no âmbito privado familiar do qual o Estado se abstinha de interferir, favorecendo, assim, situações de desrespeito, violência e abusos de toda natureza. As mulheres, com suas lutas, conseguiram tornar pública sua particular opressão, e passou-se a exigir do poder público providências a fim de garantir-lhes, na condição de pessoa humana, o respeito a seus direitos no âmbito familiar, social e jurídico, oportunizando, assim, o acesso aos meios jurídicos que lhes devem ser ofertados de maneira livre de desrespeitos, estereótipos e preconceitos, o que ainda não se verifica, pois a mulher vítima, especialmente de violência sexual, encontra no seio da sociedade, bem como no sistema jurídico, posturas que a levam, muitas vezes, de vítima a ré, duplicando sua vitimização ao invés de protegê-la.

Palavras-chave: Gênero. Violência Sexual. Vitimização.

ABSTRACT

The violence against the woman, especially the sexual violence, and more specifically the rape, has been object of debates and quarrels in a perspective of the human rights for some time, however, currently, the talking has assumed an excellent place in the quarrel of the sexual violence of sort, for being a crime whose passive citizen could not be another person beyond the woman, and, on the other hand, the active citizen will be necessarily the man, defining the violence used with the abuse of the power in the forged interpersonal relations in the evolution of the humanity that kept per some centuries in the private scope familiar that the State was absent to intervene, favoring, thus, situations of disrespect, violence and abuses of all nature. The women, with their fights, became public their particular oppression, demanding of the public power steps in order to guarantee to them, while human person, the respect to their rights in the familiar, social and legal scope, favoring, thus, the access to the legal ways that them must be offered without disrespects, types and preconceptions, because this reality not exist yet, therefore the woman victim, especially of sexual violence, find in the society and in the legal system, positions that take her, many times, of victim the reverse speed, duplicating its victimation instead of protecting.

Key-words: Sort. Sexual violence. Victimization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA ORIGEM DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO AO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE DIREITOS	14
1.1 GÊNERO	14
1.1.1 Conceituação	14
1.2 ORIGEM DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO	16
1.3 A VIOLÊNCIA SEXUAL DE GÊNERO E SUA PERMANÊNCIA	23
1.4 PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER NOS INSTRUMENTOS INTERNOS E INTERNACIONAIS	26
1.4.1 Precedentes	26
1.4.2 Constituição Federal	29
1.4.3 Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra mulher 1994	30
1.4.4 Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena 1993	31
1.4.5 Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção dos Direitos da Mulher) 1979	32
1.4.6 Conferência Mundial sobre Desenvolvimento e Paz de Pequim 1995	33
1.4.7 Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher- 2000- Promulgado pelo Brasil em 2002	33
1.4.8 Declaração de Beijüing, 1995 - IV Conferência Mundial sobre as Mulheres	34
1.4.9 Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)	34
2 O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO	37
2.1 O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO	37
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	37
2.2.1 No Brasil	39

2.3 CRIME CONTRA OS COSTUMES	42
2.4 CONCEITUAÇÃO	43
2.5 OBJETIVIDADE JURÍDICA	44
2.6 SUJEITOS DO DELITO	45
2.6.1 Sujeito Ativo	45
2.6.2 Sujeito Passivo	46
2.7 TIPO OBJETIVO	47
2.8 TIPO SUBJETIVO	48
2.9 VIOLÊNCIA PRESUMIDA NO CRIME DE ESTUPRO	48
2.9.1 Presunção por Alienação Mental	49
2.9.2 Presunção por Impossibilidade de Resistência	49
2.9.3 Presunção pela Menoridade	50
2.10 O ESTUPRO COMO VIOLÊNCIA SEXUAL INCESTUOSA	54
2.11 ESTUPRO CONJUGAL	57
2.12 AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO	60
3 DA VITIMIZAÇÃO DA MULHER NOS CRIMES SEXUAIS	62
3.1 CONCEITO HISTÓRICO E DOGMÁTICO DE VÍTIMA E SEU POSICIONAMENTO ATUAL	62
3.1.1 Conceito de Vítima	62
3.1.2 Evolução Histórica	63
3.1.3 Posição Ocupada pela Vítima de Crimes Sexuais na Atualidade	65
3.2 A VITIMIZAÇÃO SEXUAL DA MULHER	67
3.3 VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA	70
3.4 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA OU PROCESSUAL: A DUPLICAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL E O JULGAMENTO MORAL DA VÍTIMA	73
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A presente monografia que tem por título “O estupro enquanto violência de gênero e a vitimização da mulher” pretende uma abordagem do tema “Estupro” por uma visão atual que envolve relações de poder e submissão da mulher ao homem conforme se tem assinalado nos instrumentos internacionais e normas internas, como a lei 11.340/06, que visam a dar efetividade às normas de cunho internacional de direitos humanos da mulher, das quais o Brasil é signatário e que serão citadas no presente trabalho a fim de situar o leitor a respeito forma como tem sido conceituada a violência sexual de gênero, como uma forma específica de violência contra a mulher determinada por fatores sociais, econômicos, culturais e ideológicos de inferioridade que equiparam a mulher a um objeto, evidenciando o quanto esta é vitimizada neste processo de recriação contínua de estereótipos e preconceitos que alcançam, inclusive, o discurso jurídico.

O estudo empreendido justifica-se por sua relevância social e a necessidade de abordagem do tema estupro, relacionado com a violência geral e especialmente nos núcleos familiares; sabe-se o quanto esta situação degenera as bases da sociedade, assim, necessário se faz derrubar tabus e fim de garantir que meninas e mulheres vítimas possam libertar-se da opressão da violência, seja ela em qualquer forma, mas, especialmente, a sexual - que traz conseqüências devastadoras especialmente quando a omissão e o desvirtuamento de suas “queixas” as tornam ainda mais vulneráveis.

O presente trabalho contará com três partes, onde serão abordados separadamente os temas referentes à: gênero, crime de estupro enquanto violência de gênero e, finalmente, sobre a vitimização da mulher nos crimes sexuais, especialmente no crime de estupro, frente ao sistema de justiça criminal.

Na abordagem do primeiro assunto serão apontados os conceitos sociológicos do termo gênero como sendo uma construção sócio-cultural que diz respeito à desigualdade entre os sexos, sendo um dominador e o outro dominado. Adotando o referido ponto de partida, faz-se necessário analisar, então, as teorias sobre as origens dessa desigualdade e sua manutenção durante a evolução da humanidade. Ainda na seara do termo “gênero”, expor os conceitos trazidos pelas normas internacionais de direitos humanos que visam a garantir às mulheres a efetivação de seus direitos e de sua proteção, exigindo do Estado o enfrentamento da situação de violência contra a mulher.

A segunda parte do presente trabalho versa sobre o crime de estupro enquanto violência de gênero, a fim de demonstrar que muito embora qualquer violência sexual contra a mulher possa ser caracterizada como sendo de “gênero”, é o estupro o crime sexual que melhor caracteriza essa forma de violência por ter como vítima apenas a “mulher” e, ainda, é na esfera das relações pessoais da mulher que este tipo de ato encontra sua exata moldura, sendo este terreno fértil para todo tipo de abuso de poder, tendo por principais representantes o estupro incestuoso e o conjugal, e, este último, ultraje instituído no direito civil e tolerado no direito penal por jurisprudências e renomadas vozes que na atualidade soam como aberrações jurídicas intoleráveis pela atual humanização do direito.

E, ainda, salienta-se qual o posicionamento da jurisprudência e da doutrina diante da presunção de violência pela menoridade, especialmente quanto às implicações sociais ligadas ao relativismo que se impõe como prática jurídica moderna, que não leva em conta outra coisa senão o grau de permissividade sexual da sociedade atual.

Por fim, nos propomos a uma análise crítica por meio de investigação bibliográfica da condição da mulher vítima de estupro em seu meio social, jurídico e familiar, e o quanto este acontecimento oferece riscos e implicações para a sua dignidade, integridade física, emocional e psicológica, e o quanto o sistema de justiça penal, especialmente o Brasileiro, interagindo com as ideologias sociais duplica a vitimização da mulher que sofre um verdadeiro julgamento moral, sendo sua “moral sexual” determinante de que tipo de tratamento esta merecerá da sociedade, bem como, do aparato judiciário, que reproduz estereótipos e preconceitos, deixando claro que o direito não consegue ser aplicado de modo objetivo e igualitário porque este é sexuado (masculino).

O objetivo primordial do presente estudo é a reflexão sobre o quanto a cultura e as ideologias patriarcais foram inseridas no sistema judiciário, o que é natural, uma vez que o direito é prática social, e é exercitado em sua maioria por homens, cujos atos estão de todo modo impregnados por seus valores e ideologias pessoais que representam as ideologias do momento histórico em que se desenvolvem, impedindo-os de estarem livres de forças estranhas ao processo, e o quanto estas ideologias machistas ainda interferem na boa realização do direito como resposta objetiva do Estado quando diz respeito a questões da sexualidade humana, delegando uma certa “privacidade” a estes assuntos, atribuindo significados aos atos ora do homem ora da mulher, colocando-os um frente ao outro e ditando seus papéis sociais, com base na divisão do trabalho que corresponde à mulher o privado e ao homem o público, o que implica superioridade de um e inferioridade do outro, que favorece e justifica o uso da violência e dos abusos cometidos pelos homens.

Utilizou-se como método de pesquisa o bibliográfico, recorrendo à literatura jurídica e não jurídica, fazendo uma interação, especialmente entre direito e sociologia, sendo que esta última foi utilizada para conceituar e fundamentar, com base em teorias de cunho social ou biológico, as desigualdades entre os sexos, atribuídas, ou à supremacia biológica do sexo masculino em detrimento da fragilidade do sexo feminino, ou à especialização e divisão do trabalho, e como se realizou a manutenção dessa desigualdade no seio da sociedade até a atualidade.

O tema proposto foi analisado do ponto de vista penal, utilizando-se dos ensinamentos da criminologia crítica e da criminologia feminista, de ideais reformistas, que entendem que as questões femininas devem ganhar visibilidade por meio do simbolismo penal, que tornando certas condutas criminosas, posicionará a sociedade frente a uma nova realidade, a da criminalização de condutas tidas como privadas, forçando o Estado a se posicionar frente a essas condutas, sendo esta a única forma de garantir efetivamente proteção à mulher.

Por outro lado veremos que esta criminalização não corresponde à certeza de punibilidade, uma vez que o Sistema de Justiça penal interage com a sociedade extraindo dela, por via indireta, as ferramentas das quais se utilizará para, no caso concreto, ofertar o direito àquele que melhor conseguir demonstrá-lo, e em se tratando de estupro, àqueles vítimas que se adequem aos estereótipos de honestidade e moralidade sexual exigidos pela sociedade e conseqüentemente pelo sistema de justiça criminal.

1 DA ORIGEM DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO AO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE DIREITOS

1.1 GÊNERO

1.1.1 Conceituação

O termo gênero surgiu na atualidade como uma conceituação nova para questões envolvendo as desigualdades entre homens e mulheres tomadas por um prisma cultural, ou seja, de que tais desigualdades não estão baseadas nas diferenças sexuais, rejeitando as teorias que se fundamentam no determinismo biológico, entendendo que as desigualdades entre homens e mulheres são uma construção social fundada na opressão que foi imposta pelo homem à mulher no decorrer da história da humanidade.

De início serão expostos os conceitos encontrados nas obras referentes ao tema. Para Tescari. “O termo “gênero” entendido a partir da idéia de que existem diferenças entre homens e mulheres construídas socialmente, as quais determinam papéis, atitudes e valores que resultam em relações de poder desiguais”.¹

Saffiot *apud* Pimentel, Schritzmeyer, e Pandjjarjian, conceitua as relações de gênero da seguinte maneira:

¹ TESCARI, Adriana Sader. **Violência sexual em situação de conflito armado**. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 46.

O referente do gênero é uma relação social que remete os indivíduos a uma categoria previamente constituída. Coloca em relação um indivíduo com o outro, determinando se ele é pertencente a uma categoria e o posiciona face a outros pertencentes a outra categoria. [...] Socialmente construído o gênero corporifica a sexualidade (não o inverso), que é exercido como uma forma de poder. Logo as relações de gênero são atravessadas pelo poder. Homens e mulheres são classificados pelo gênero e separados em duas categorias: uma dominante e a outra dominada, obedecendo aos requisitos impostos pela heterossexualidade. A sexualidade, portanto, é o ponto de apoio da desigualdade de gênero.²

Segundo Maria de Fátima Guimarães³ o conceito de gênero, em seu uso mais recente, como instrumento de análise, ainda não tem espaço nos dicionários.

Entre todos os significados atribuídos ao termo gênero, não existe nesse dicionário nenhuma referência que expresse a maneira utilizada, a partir de 1970, pelas feministas, que passaram a usá-lo como forma de entender e referir-se à organização social da relação entre os sexos, e como forma de resistência ao “determinismo biológico implícito no uso dos termos como sexo ou diferença sexual”, portanto, passando a “ênfatar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo”.⁴

Dentro da abordagem proposta pelo presente trabalho o conceito de gênero apresentado por Silvia Pimentel, Schritzmeyer e Pandjirjian nos parece de grande interesse, pois aborda a questão do gênero focado na condição sexual, pois o gênero também pode agregar outras condicionantes nas relações de poder desenvolvidas culturalmente que atingem outras minorias oprimidas, como as determinadas pela cor, raça, etnia, grau de subordinação etc, que difere a mulher do homem e lhe atribui status diferenciado, o gênero é conceituado pelas autoras do seguinte modo:

Gênero, aqui, tomado como um conjunto de papéis que são conferidos à mulher como obrigatórios e dos quais ela não pode afastar-se sob pena de perder as condicionantes que justificam o “respeito” que a sociedade lhe deve dedicar. Em outras palavras: à mulher cabe reconhecimento e respeito muito menos pelo fato de

² PIMENTEL, Silvia. SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem Sociojurídica de Gênero. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 24-26.

³ Maria de Fátima Guimarães é Diretora e Professora da faculdade de ciências humanas do Cabo de Santo Agostinho, Pernambuco; Coord. do Grupo de Estudo Gênero & História do Dep. de História da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

⁴ GUIMARÃES, Maria de Fátima. **Trajetória dos Feminismos. Introdução à Abordagem de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar.** Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 77.

ser pessoa, sujeito de direitos, do que por seu enquadramento na moldura de comportamento e atitudes que a sociedade tradicionalmente lhe atribui.⁵

É neste sentido que o conceito de “gênero” tem sido utilizado atualmente nos movimentos feministas do mundo todo quando diz respeito a relações homem/mulher e que querem caracterizar relações de desigualdades e preconceitos culturalmente forjados na evolução do homem no seio da sociedade atual com valores masculinos de ideologia patriarcal.

1.2 ORIGEM DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO

A formação social da desigualdade entre homem e mulher encontra explicações diversas e, para as antropólogas Ane-Marie Pessis e Gabriela Martin sobre as origens da desigualdade de gênero as posições sustentadas se radicalizam em torno de dois tipos de explicação. Teorias de cunho biológico se opõem àquelas que explicam a desigualdade de gênero apenas como um fenômeno cultural.

Sobre as teorias citadas descrevem as autoras:

As primeiras defendem um determinismo biológico originado no dimorfismo sexual e nas especificidades de gênero na função reprodutiva da espécie. Essa especialização de gênero estaria acompanhada, na mulher, por um desenvolvimento da racionalidade inferior ao do homem, em benefício de uma maior afetividade que condicionaria seu comportamento a padrões desiguais e inferiores que aos dos homens. Configuraria um quadro de inferioridade e irracionalidade na mulher, que a incapacitaria para tomar decisões de importância, mas que a tornaria apta para desenvolver atividades simples, sem maiores responsabilidades. Nessa perspectiva a mulher não teria condições de tomar decisões sobre problemas de sobrevivência, fato que a tornaria dependente do outro gênero.⁶

Para estas autoras a desigualdade se assenta em dois fatores, são estes os controles da informação técnica, ou seja, do conhecimento, e a solidariedade masculina na apropriação e

⁵ PIMENTEL, Sílvia. SCHRITZMEYER, Ana Lucia P.. PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 23-24.

⁶ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar.** Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 17.

gestão dessa informação. No entanto, teorias de cunho naturalista não faltaram para justificar a permanência da mulher sob o domínio masculino e fora do mundo cultural político e, conseqüentemente, do poder. Montesquieu evoca a natureza como determinante das características masculinas e femininas quando diz que: “A natureza que dotou os homens com a força e com a razão, não colocou sob o seu poder outro limite, senão essa força e essa razão. Ela deu às mulheres os encantos da sedução [...]”⁷. Na mesma linha de pensamento se filiam outros pensadores como Hobbes e Locke que somente reconheciam os direitos das mulheres quando rainhas ou pertencentes à alta nobreza.⁸

Segundo Maria de Fátima Guimarães o posicionamento de Rousseau sobre a mulher seguia rigorosamente a idéia dominante patriarcal do momento, mas de algum modo acrescentou argumentos às teorias feministas. Guimarães assim expõe o pensamento do autor à sua época:

No século XVIII, cristalizou-se a idéia de que a desigualdade individual e coletiva não é um fato natural, e sim histórico. O discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens, de Jean-Jacques Rousseau, mostrou que a desigualdade, longe de ser um fato natural, é uma produção social, política e econômica. Rousseau tornou-se um defensor radical da igualdade política e econômica entre os homens, e se tornou também um teórico da “feminilidade”, ao não estender às mulheres a igualdade, que com tanto afincou defendia para os homens. A elas atribuía uma tarefa natural de esposa e mãe, para corresponder às necessidades do esposo e formar “bons” cidadãos, e um espaço natural adequado às mulheres, o doméstico. Rousseau acreditava que, assim como a sociedade está dividida em dois sexos, deve estar dividida em dois espaços: o espaço público aos homens e o espaço privado e doméstico às mulheres.⁹

Um dos mais respeitados filósofos da modernidade, Frederich Engels, ao lançar o livro “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” em 1884, em que sustenta que o fim da opressão da mulher se dará quando esta conseguir inserir-se no mercado de trabalho capitalista e igualar-se ao homem em direitos, deu grande impulso às lutas feministas da época e até os dias atuais. Preleciona o renomado filósofo:

⁷ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Gabriela de Andrade Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, Sem ano de publicação. Pág. 196

⁸ CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar**. Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 78

⁹ GUIMARÃES, Maria de Fátima. **Trajatória dos Feminismos. Introdução à Abordagem de Gênero**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. *op. cit.*, p. 78

De igual maneira, o caráter particular do predomínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social efetiva entre ambos, não se manifestarão com toda a nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais. Então é que se há de ver que a libertação da mulher exige, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino á indústria social.¹⁰

Nesta obra Engels - com base nos estudos dos antropólogos Morgam e Bachofen - teoriza a evolução histórica da humanidade apontando a possível existência de uma sociedade de direito matriarcal baseada no casamento comunitário entre membros da mesma família - a família consangüínea - na qual o direito é materno e a herança se regula por ele, sendo livre o casamento entre membros da mesma gens. Esta forma de matrimônio, em sua evolução, fora excluindo a união recíproca entre pais e filhos, seguida pela segunda fase - família punaluaana - que excluía das uniões matrimoniais os irmãos entre si. Neste caminho da evolução na teoria de Engels encontra-se a família sindiásmica, que precede a atual, que, por sua vez, já não pratica o incesto e se forma por pares, nela, a monogamia não se verifica, sendo possível ao homem ter várias esposas, exigindo-se, porém, fidelidade das mulheres.

Neste contexto, segundo o autor, se esboça o nascimento da família monogâmica, pois naquela família sindiásmica, com a união entre pares e a fidelidade da mulher, o pai verdadeiro pode ser identificado e passou então a suprir as necessidades de sua família, adquirindo uma posição mais favorável e um controle maior sobre a mulher, e com o passar do tempo aumentando seus bens que eram herdados ainda pela lei materna, situação esta que desagradava o homem que passou a exigir uma mudança para uma estrutura patriarcal de herança por via paterna. “Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno”¹¹, nascendo com isso a família monogâmica que modificaria a história da humanidade, especialmente da mulher que permaneceria subjugada ao longo dos séculos, conforme trecho da obra :

O desmoronamento do direito materno, a *grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo*. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-

¹⁰ ENGELS, Frederich A **origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 48.

¹¹ ENGELS, Frederich. *op. cit.*, p. 33.

se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares, até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma suprimida (grifo do autor)¹²

Engels dedicou-se, no segundo capítulo da obra em comento, em demarcar esta evolução do matrimônio que se consolidou na forma moderna de união conjugal, a monogâmica, descrevendo-a como fato cultural e de cunho econômico, e apontando-o como sendo o início da opressão da mulher pelo homem, como a primeira forma de opressão social vista pela humanidade, conforme se depreende do texto a seguir:

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história. Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim, encontro a seguinte frase: "A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos". Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher, na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.¹³

Engels analisa a dominação pelo homem sobre a mulher nas sociedades antigas, o seu desprestígio e dominação sexual, apontando que esta dominação se dava pela necessidade de controle sexual sobre estas mulheres a fim de garantir a segurança da gens paterna e a poligamia do homem, que exercia também poder sobre a mulher escrava.

É certo que a mulher grega da época heróica é mais respeitada que a do período civilizado; todavia, para o homem, não passa, afinal de contas, da mãe de seus filhos legítimos, seus herdeiros, aquela que governa a casa e vigia as escravas - escravas que ele pode transformar (e transforma) em concubinas, à sua vontade. A existência da escravidão junto à monogamia, a presença de jovens e belas cativas que

¹² ENGELS, Frederich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 32.

¹³ ENGELS, Frederich. *op. cit.*, p. 40.

pertencem, de corpo e alma, ao homem, é o que imprime desde a origem um caráter específico à monogamia que é monogamia *só para a mulher*, e não para o homem. E, na atualidade, conserva-se esse caráter (grifo do autor)¹⁴

As teorias defendidas nesta obra sobre a possibilidade de ter existido uma sociedade com base matriarcal recebeu várias críticas por não ter havido confirmação científica, mas não foi de todo repudiada pelos estudiosos que se seguiram, sendo que atualmente ainda se discute o tema, como fica evidente no pensamento da socióloga Saffioti:

Ainda que não se possa aceitar a hipótese de sociedades matriarcais prévias às patriarcais, por falta de comprovação, há evidências apreciáveis, sobretudo de natureza arqueológica, de que existiu outra ordem de gênero, distinta da sustentada pela dominação masculina.¹⁵

Já para as autoras Ane-Marie Pessis e Gabriela Martin foi a especificação e o monopólio de informações e técnicas de produção pertinentes ao sexo masculino o fator determinante das desigualdades entre os gêneros, sendo de início contextual e não proposital, assinalando:

Face à fragilidade da criança humana ao nascer, o grupo deverá dar um maior suporte e ter muito cuidado para favorecer a sobrevivência. Tendo os homens que garantir a proteção da comunidade, corresponderá às mulheres destinar uma parte maior de seu tempo ao fornecimento desse apoio. A exigência do cuidado das crianças assumido pelas mulheres originará uma especialização na divisão do trabalho por gênero.¹⁶

Assim, a mulher, ao assumir as tarefas referentes à criação dos filhos e apoio às atividades masculinas de defesa especializou-se nestes afazeres enquanto o homem se

¹⁴ ENGELS, Frederich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 38.

¹⁵ SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero e Patriarcado**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar**. Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 52.

¹⁶ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. *op. cit.*, p. 21.

especializou na inovação de técnicas de defesa da comunidade, monopolizando os conhecimentos técnicos enquanto a mulher foi naturalmente sendo excluída da transferência de tais conhecimentos, prosseguindo as autoras:

Essa circunstância também gerou um diferente acesso à informação sobre as inovações técnicas e o aperfeiçoamento para seu uso eficiente. Não se pode afirmar que a mulher, nos inícios da sociedade humana, tenha sido excluída da transmissão do conhecimento e das técnicas da defesa e do ataque. Mas considerando que, entre cada gravidez e cuidado pós-natal, transcorria pouco tempo, é provável que o grupo não outorgasse maior importância à capacitação da mulher para as atividades violentas capazes de garantir a sobrevivência.¹⁷

Neste contexto de progresso humano a mulher foi sendo excluída da formação técnica e conseqüentemente da produção, educação, economia e cultura, favorecendo sua manipulação e subordinação a quem detinha as informações – o homem – é o que as autoras colocam como exclusão da informação técnica e formação de estereótipos, como segue:

Nesse processo, a inovação técnica irá formando um acervo de conhecimentos destinado aos homens, ao qual as mulheres não terão acesso. A apropriação masculina do conhecimento será solidariamente defendida por eles. Esse estereótipo de exclusão feminina do conhecimento constituirá uma estrutura conservadora, em torno da qual se organizará a maior parte das sociedades históricas. Existirá trabalho de homem e tarefas de mulher. Para elas, as tarefas de caráter agrícola ou doméstico, pela simplicidade dos procedimentos, não vão requerer maior informação técnica. Assim, especialização de atividades entre os gêneros dará origem à desigualdade e se abrirá uma profunda brecha informativa entre ambos. Fica evidente que na história dos gêneros, em todas as classes sociais as mulheres serão excluídas da informação técnica.¹⁸

A sociedade progrediu e se especializou alcançando a formação técnica que garantiu a industrialização dos meios de produção e destes a mulher foi excluída, mas, por outro lado, foi também a porta para a busca da libertação da mulher, pois foi a partir da revolução industrial que as mulheres assumiram papel importante nos meios de produção, muito embora

¹⁷ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar.** Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 22.

ainda em situação de desigualdade e marcadas pelas ideologias patriarcais e dominadoras:
Como colocam as autoras já citadas:

Mas, paradoxalmente, será a inovação técnica que se tornará um instrumento de liberação da mulher desse estado de desigualdade. Com a revolução industrial a mulher terá acesso às fábricas, aos escritórios e ao serviço público, embora seja integrada também em posição de desigualdade com relação aos homens. Mas o trabalho industrial lhe dará também acesso à informação, a educação e ao aprendizado técnico. O grande problema vai ser a dificuldade de superar os estereótipos comportamentais e as formas de organização familiar estruturada sobre a desigualdade de gênero. O peso das ideologias foi um grande aliado para a conservação dessas estruturas de desigualdade, que são geradoras de violência institucional e doméstica.¹⁹

E seguindo o pensamento das autoras citadas que acompanham o de Engels, foi nesse contexto que a mulher foi inserida no mercado produtivo e tomou parte do conhecimento técnico e da formação profissional, já não sendo mais exclusividade masculina a detenção do conhecimento técnico, o que poderia pôr em jogo a estrutura de dominação imposta pela especialização de funções entre os sexos, tendo o homem, para a sua manutenção, de lançar mão da violência com o fim de manter o poder. Dessa forma: “Quando essa funcionalidade é superada, quando a divisão do trabalho por gênero já não responde a uma necessidade real, a ideologia masculina passa a ser predominantemente imposta para garantir a continuidade das estruturas de poder”.²⁰

Com relação a esta questão temos também o pensamento de Engels:

[...],sobretudo desde que a grande indústria arrancou a mulher do lar para atirá-la ao mercado de trabalho e à fábrica, convertendo-a, freqüentemente, em sustentáculo da casa, ficaram desprovidos de qualquer base os restos da supremacia do homem no lar proletário, excetuando-se, talvez, certa brutalidade no trato com as mulheres, muito arraigada desde o estabelecimento da monogamia.²¹

¹⁹ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. *op. cit.*, p. 22.

²⁰ PESSIS, Anne-Marie e MARTÍN, Gabriela. **Das Origens da Desigualdade de Gênero**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a Ferro, Violência Contra a Mulher uma Visão Multidisciplinar**, Brasília 2006, Secretaria especial de política para as mulheres. Governo Federal. Pág.22.

²¹ ENGELS. frederich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro 2002. Pág. 46

Quanto à construção social do gênero é certo que como construção social seja ela por motivos econômicos e de conveniência conforme Engels, ou ainda pela especialização de funções e do monopólio masculino da informação técnica, temos que, culminaram na exclusão da mulher de qualquer conhecimento ou especialização sendo este o ponto de partida para formação de estereótipos e preconceitos mantendo-a por muitos séculos à margem do conhecimento, estando subordinada ao homem que formou em torno de si uma estrutura de poder calcado no costume, na cultura patriarcal ou, ainda, na força física, utilizando-se da violência em todas as suas formas para manutenção deste poder.

1.3 A VIOLÊNCIA SEXUAL DE GÊNERO E SUA PERMANÊNCIA

Como se pode analisar em Engels, a dominação do homem sobre a mulher se deu especificamente sobre o sexo, pois dele dependia a procriação e o prazer, a procriação no casamento e o prazer no amor livre, determinando assim a imposição da prática sexual, na qual a mulher se achava coisificada, fosse a escrava, a prostituta ou a esposa, a esta última foi imposta a obrigação sexual, que na antiguidade foi institucionalizada pelos códigos religiosos, e na modernidade pelas leis civis, sendo amplamente tolerada pela legislação penal. Que ao homem garantia o poder de “usar” e geralmente de “abusar” conforme seu arbítrio. Sobre este assunto, entendimento de Saffiot:

A subordinação sexual das mulheres foi institucionalizada nos primeiros códigos legais e tornada obrigatória pelo inteiro poder do Estado. A cooperação das mulheres com o sistema foi assegurada por vários meios: força, dependência econômica em relação ao chefe de família masculino, privilégios de classe outorgados a mulheres conformadas e dependentes pertencentes às classes altas e a divisão artificialmente criada das mulheres em mulheres respeitáveis e não-respeitáveis.²²

Foi nessa seara da sexualidade que extravasou toda opressão masculina em detrimento de qualquer direito que a mulher pudesse ter sobre si mesma. No ato sexual o homem realizava a missão de semear a “sua” gens, como forma particular de manter pura a sua raça.

²² SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero e Patriarcado**. (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar**. Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 51-52.

Assim, também era no ato sexual que o homem extravasava a sua luxúria ou impunha o seu poder, dependendo da situação que se apresentasse, e tais formas de controle baseadas na violência sexual, como forma de manter o domínio sobre o outro, foram deixadas para a humanidade como herança e estão ainda enraizadas na cultura mundial. Engels cita a fase heróica como exemplo da dominação e apropriação sexual do homem sobre a mulher:

Em Homero, os vencedores aplacam seus apetites sexuais nas jovens capturadas, escolhendo os chefes para si, por turno e segundo a sua categoria, as mais formosas; e é sabido que toda a *Ilíada* gira em torno de uma disputa mantida entre Aquiles e Agamenon por causa de uma escrava. Junto a cada herói, mais ou menos importante, Homero fala da jovem cativa que vive em sua tenda e dorme em seu leito.²³

Desse modo, é possível entender que foi essencialmente no âmbito privado, propriamente nos sistemas familiares, que se estabeleceu a dominação da mulher e a manipulação de seu corpo e de sua vida conforme o arbítrio de seu possuidor, bem como a fomentação do patriarcado pela divisão das mulheres em dois grupos: as “respeitadas” pertenciam a determinado homem, aquelas que não preenchiam este requisito eram de todos e não alcançavam na sociedade o status conferido às primeiras, e assim passou-se a exigir da mulher determinados comportamentos a fim de que esta pudesse gozar de certos direitos, que eram, em última instância, conferidos a elas pelo homem já que este era o guardião da “honra” da mulher.

Os esquemas de manipulação sexual desenvolveram-se com as esposas, criadas, escravas, empregadas, e persistiram nas relações íntimas, atingindo outros membros da família, e, porque não, filhas, enteadas, sobrinhas, irmãs, desenrolando-se dentro do estrito domínio doméstico, e, por vezes, transcendendo a este, atingindo proporções desumanas e desconhecidas, mantidas invisíveis por interesses pessoais, o que confirma o autoritarismo patriarcal e a imposição de forças, especialmente na seara da sexualidade que perdura até a atualidade, como se pode verificar com a análise do seguinte texto:

O autoritarismo, o machismo e os preconceitos se manifestam nas relações afetivas e na sexualidade e definem as relações de poder existentes no cotidiano das famílias.

²³ ENGELS, Frederich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 37.

Trata-se de um campo minado da sexualidade adulta, de forte envolvimento emocional, de ideologias historicamente presentes na sociedade brasileira, que muitos tentam negar ou minimizar. É nesse contexto de poder que deve ser analisada e compreendida a violência sexual [...]. Esse tipo de violência sexual, principalmente a cometida por familiares ou conhecidos, é uma relação de força imposta através de silêncios, segredos, cumplicidade e sedução. Esses pactos de silêncio, mantidos por familiares, amigos, vizinhos, comunidades e profissionais, acobertam situações de abusos sexuais desqualificando revelações verbais das vítimas, negando evidências e sinais, em nome de fidelidades interesses de diversas ordens, medos, sigilos profissionais e de justiça. Silêncios, sigilos e pactos esses que vêm servindo para ocultar a frequência e a extensão do fenômeno da violência sexual.²⁴

Este sistema patriarcal dominante se sustenta até os dias atuais, porém, nestes, com um diferencial, a luta feminista conseguiu o que Andrade²⁵ chama de “publicização-penalização do privado”, tornando os problemas do cotidiano da mulher, problema público penal, e, uma vez tornado visível o problema, passa-se a buscar caminhos para seu enfrentamento, sendo que na atualidade são diversas as vertentes normativas até mesmo de cunho internacional a fim de coibir a discriminação de gênero e a violência contra a mulher, incluindo a violência sexual, perpetrada por homens contra mulheres e meninas, sendo o Estupro a forma dessa violência que caracteriza com mais vigor a violência de gênero, por tratar-se - especialmente no ordenamento pátrio - de crime próprio cujo sujeito passivo é somente a mulher, encontrando-se no topo da lista de crimes sexuais perpetrados contra mulheres e meninas em todo o mundo, mas que vem sendo enfrentado, conforme assentam Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarjian:

A violência sexual do estupro, enquanto violência de gênero, é fenômeno praticamente universal. Contudo não é inevitável e muito menos incontrolável [...] É o estupro, enquanto violência de gênero, a mais grave violência sexual, que tem como vítimas mulheres de todas as faixas etárias. Entretanto, meninas, adolescentes e jovens mulheres são as vítimas preferenciais do estupro. [...] Nesta última década a violência contra meninas e mulheres, tanto no âmbito público quanto no privado, foi expressamente reconhecido como violação aos direitos humanos nas suas mais diversas formas, pelos documentos e declarações produzidas em conferências internacionais, bem como pelos instrumentos e mecanismos regionais e internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres.²⁶

²⁴ FALEIROS, Eva. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes: os (des)caminhos da denúncia**. Brasília: Secretaria especial dos direitos humanos, 2003, p. 19.

²⁵ BARATA, Alessandro. STRECK, Lênio Luiz. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 110.

²⁶ PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”? Abordagem Sociojurídica de Gênero**. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 200.

Este enfrentamento se verifica na legislação internacional e também na legislação interna que deve se adequar a uma nova realidade, a de que deve prevalecer, nos ordenamentos jurídicos as leis que melhor protegem a pessoa humana.

1.4 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER NOS INSTRUMENTOS INTERNOS E INTERNACIONAIS

1.4.1 Precedentes

Os movimentos de mulheres na luta por direitos de igualdade e respeito foi sentido com vigor a partir da revolução francesa, nesta época em que se deu o marco de transição entre um mundo político despótico, para um momento de extremada força ideológica de libertação do homem, com novos ideais políticos, econômicos, e sociais, bem como, a industrialização do mundo capitalista que marcava uma nova era para as mulheres, não trazendo vantagens para as mesmas, pelo contrário, redefinía espaços públicos e privados de dominação do homem e subordinação da mulher. Deste momento histórico para as mulheres fala a socióloga Guimarães:

A Revolução Industrial e o Capitalismo reafirmam a desigualdade das relações entre os sexos. Ao mesmo tempo em que as mulheres das classes mais abastadas permaneceram no âmbito doméstico, representando também o status do homem (marido, pai), as oriundas das classes menos abastadas incorporaram-se maciçamente ao trabalho industrial. Estas eram mãos-de-obra mais baratas e tinham uma postura mais submissa do que os homens. Neste sentido, no que se refere à ação concreta em nível mundial, os primeiros grupos de mulheres que se organizaram para lutar pela igualdade de direitos entre mulheres e homens desenvolveram suas ações a partir da inspiração da Revolução Francesa, sob os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. As mulheres encontraram nestes ideais inspirações para suas lutas. É bom registrar ainda que o movimento de mulheres, tal qual outros movimentos por emancipação do século XIX, mesmo tendo sua inspiração nas demandas igualitárias da Ilustração, surgiram também como respostas aos problemas gerados pela Revolução Industrial e pelo Capitalismo. A partir desses ideários, as mulheres fizeram da luta pelo sufrágio feminino sua maior preocupação. Para elas, a conquista do voto feminino poderia resolver outras questões discutidas

na época, tais como o direito à propriedade, a reforma do matrimônio e as liberdades sexuais.²⁷

Mesmo com as lutas feministas do século XIX, o direito ao sufrágio só foi conquistado no século XX nos países Europeus e nos Estados Unidos, sendo seguidos pelos demais estados que estavam sob a égide, ou caminhavam, para uma constituição democrática, visto que o mundo ocidental encontrava-se em estado de democratização. Inspiradas nos movimentos socialistas e marxistas as feministas encampavam campanhas pela libertação da mulher.

Como resultado das lutas e reivindicações das sufragistas, a conquista do voto ocorreu em alguns dos Estados europeus, norte-americanos e latino-americanos, nas primeiras décadas do século XX. A França e a Itália foram os últimos a consegui-lo, em 1945 e 1946, respectivamente. No Brasil, as mulheres conquistaram o direito ao voto em 1932-Mais que o voto, as lutas pelo sufrágio haviam conseguido igualdades formais que tenderam à equiparação legal entre mulheres e homens, embora na prática não houvesse mudanças significativas.²⁸

Os movimentos feministas se intensificaram na década de 70 na luta para que o poder público olhasse para a questão da mulher na sociedade como sujeito de direito portador de necessidades específicas até então negligenciadas pelo Estado, passando a lutar por uma criminalização do privado, colocando em debate as questões referentes à violência contra a mulher no âmbito doméstico e do trabalho, bem como, da subordinação de mulheres e crianças nas relações intrafamiliares respaldadas pela omissão do Estado que potencializava o comportamento violento do homem, inclusive nas questões sexuais. Neste sentido Andrade:

Foi o feminismo que tornou visível, enfim, uma das dimensões da opressão feminina que atinge proporções alarmantes no país, a saber as diversas formas de violência sexual. Particularmente neste contexto foi a criação das Delegacias de Mulheres para receber queixas específicas de violência de gênero, pois elas foram mostrando que os maus tratos e a violência sexual contra elas (assédio, estupro e abusos em geral) ocorria muito mais do que se pensava. E, tais denúncias, ao irem revelando uma enorme margem da vitimização sexual feminina que permanecia oculta,

²⁷ GUIMARÃES, Maria de Fátima. **Trajectoria dos Feminismos. Introdução à Abordagem de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar.** Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006, p. 82.

²⁸ GUIMARÃES, Maria de Fátima. **Trajectoria dos Feminismos. Introdução à Abordagem de Gênero.** (in) CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. *op. cit.*, p. 84.

especialmente devido à violência praticada nas relações de parentesco (pelos maridos, pais, primos, padrastos), profissionais (pelos chefes), de amizade (pelos amigos), etc. contra menores e maiores de idade, foram decisivas para que determinados problemas, até então considerados privados (como as violências referidas), se convertessem em problemas públicos e penais (crimes). O tema da violência contra as mulheres e da impunidade (masculina) se tornou desta forma um dos pontos centrais da agenda feminista, e este é o condicionante histórico que conduziu o movimento a demandar a ação do sistema penal. [...] Um processo que venho denominando de publicização-penalização do privado.²⁹

As lutas que as mulheres se propuseram a enfrentar não tinham o objetivo apenas de buscar igualdade entre os sexos, iam muito além, era uma luta para sair do anonimato, da invisibilidade, luta pelo reconhecimento da mulher enquanto pessoa humana, luta para que o Estado olhasse para sua especial condição de negligência e abandono assumindo a responsabilidade de normatizar as condutas machistas em função da violência exercida sobre elas, e não dos fatores externos ligados à ideologia dominante, em que tudo pesava com base na moral masculina, sendo esta, excludente de tipicidade em casos de homicídios, maus-tratos, agressões, estupros e outros crimes cometidos contra mulheres, cuja impunidade era a coroação do patriarcalismo em detrimento de qualquer direito que a mulher pudesse reclamar, transcendendo para a esfera do judiciário, prática que com o passar do tempo foi minimizada, porém, jamais abandonada como se depreende do texto seguinte:

Em suas decisões o judiciário leva em consideração a classe social dos envolvidos quando se trata da aplicação da pena mais severa, e procede ao exame minucioso sobre os comportamentos sexuais de homens e mulheres, considerando o requisito “honestidade” nos exames de casos de violência sexual em que a vítima é mulher. Nos processos judiciais referentes aos chamados “crimes sexuais” as mulheres e as adolescentes são julgadas em razão de sua maior ou menor “honestidade”³⁰

Com relação a questão da honestidade o código penal, em suas últimas reformas, retirou a expressão mulher honesta de seus dispositivos, persistindo ainda a questão do capítulo referente aos crimes contra os costumes, terminologia já há muito ultrapassada e em descompasso com as demais legislações internacionais voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana, tratando-se o estupro de crime contra a pessoa que ofende a integridade física, psicológica e emocional da vítima, e sua permanência como crime contra os costumes

²⁹ BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 110.

³⁰ SOUZA, Cecília de Melo; ADESSE, Leila. **Violência sexual no Brasil**, perspectivas e desafios. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Brasília: Ipas, 2005, p. 39

faz referência direta à moral sexual determinada pela ideologia patriarcal, ajudando a “perpetuar estereótipos de gênero entre homens e mulheres”³¹. Neste sentido destaca-se:

Mais lógico, do ponto de vista de política legislativa e criminal, seria que o crime de estupro fosse considerado dentre os “crimes contra a pessoa” e não dentre os “crimes contra os costumes”. E que não abrangesse apenas a conjunção carnal, mas sim o ato sexual [...] praticado com violência ou grave ameaça contra qualquer pessoa: homem, mulher, menino ou menina.³²

A violência contra a mulher, especialmente a sexual, tem sido objeto de muita discussão, sendo que o movimento de internacionalização dos direitos humanos inseriu esta questão na agenda dos debates internacionais pela defesa das classes oprimidas sendo as mulheres uma dessas, mas foi a partir da segunda guerra mundial que o direito internacional passou a olhar especificamente para a questão da violência sexual praticada contra a mulher em caso de conflitos armados, uma vez que especialistas médicos estimaram o número de estupros cometidos por soldados russos em Berlim em 20 mil a 100 mil³³, sem contar as demais atrocidades cometidas contra mulheres e meninas em todas as demais nações envolvidas no conflito. Com a luta para ver punidos estes bárbaros crimes, abriu-se precedente para uma nova demanda de direitos internacionais que culminaram em debates e legislações pertinentes ao tema da violência de gênero.

1.4.2 Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, marco histórico da democracia brasileira, não traz especificamente nada relacionado ao tema da violência sexual, mas com relação às questões de desigualdade de gênero, estas são tratadas no âmbito da organização do Estado brasileiro quando, em seu artigo 1º, III, declara-se que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa; no artigo 3º expõe-se na condição de objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, a redução das desigualdades sociais e, ainda, a promoção do

³¹ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 22.

³² PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 22.

³³ TESCARI, Adriana Sader. **Violência sexual em situação de conflito armado**. Porto Alegre: Safe, 2006, p., 41.

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 4º determina que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, bem como no artigo 5º proclama a igualdade, prescrevendo no inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Em seu artigo 226 a Constituição Federal, ao tratar de família, em seu parágrafo 5º, iguala homens e mulheres em direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, bem como no parágrafo 8º estabelece como responsabilidade do Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito doméstico e familiar.

A Constituição Federal, que já previa a prevalência dos direitos humanos e aplicabilidade imediata de normas que tratassem de garantias fundamentais, teve seu texto ampliado com a inclusão pela emenda 45/04 do parágrafo 3º no artigo 5º, que deu fim à controvérsia sobre a que nível adentrariam as normas contidas em tratados ratificados pelo Brasil no ordenamento pátrio, declarando no citado dispositivo: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.³⁴

1.4.3 Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher 1994

Conforme Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian³⁵ a atenção especial dada ao crime de estupro enquanto violência sexual, física e psicológica perpassa a esfera de conferências de direitos humanos, sendo incluída nos próprios instrumentos internacionais de direitos humanos que, uma vez ratificados pelo Brasil, têm força vinculante, tendo como principal

³⁴ BRASIL. Constituição (1988) Emenda Constitucional nº45 de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

³⁵ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro Crime ou “Cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe,1998, p. 45-46.

exemplo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (OEA- Organização dos Estados Americanos) "Convenção de Belém do Pará" (1994) ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.

Esta convenção foi o primeiro instrumento internacional a incorporar o conceito de gênero à definição de violência contra a mulher, definindo em seu artigo 1º a violência contra a mulher como sendo “[...] qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”, sendo que incluiu no conceito a violência praticada na esfera privada, situação “[...] considerada intocável pelo Estado durante milênios, foi e infelizmente ainda tem sido o “locus” por excelência da violência contra a mulher”³⁶. Esse instrumento deu visibilidade ao problema da violência contra a mulher estabelecendo como dever do Estado incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso (art. 7º,3).

1.4.4 Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena 1993

Outros instrumentos internacionais podem ser citados como exemplo de esforços no campo dos direitos humanos das mulheres como a Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena que, em seu artigo 18, da parte conceitual reconheceu que:

Os Direitos do homem das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil, econômica, social e cultural, a nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência com base no gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual, incluindo as resultantes de preconceitos culturais e tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Tal pode ser alcançado através de medidas de caráter legal e da ação nacional e da cooperação internacional em áreas tais como o

³⁶ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 50.

desenvolvimento sócio-econômico, a educação, a maternidade e os cuidados de saúde, e assistência social. Os Direitos do homem das mulheres deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos direitos do homem, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos do homem relacionados com as mulheres. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e ao fomento dos Direitos do homem das mulheres e das crianças do sexo feminino.³⁷

Neste sentido se faz necessário, ações específicas, objetivando dar garantias às mulheres de que seus direitos podem e devem ser respeitados e promovidos em todas as esferas da sociedade, a fim de construir um ambiente de proteção e respeito às mulheres vítimas de violência em qualquer de suas formas.

1.4.5 Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção dos Direitos da Mulher) 1979

Esta convenção foi ratificada pelo Brasil em 1984, sendo que os Estados que ratificaram esta convenção concordaram em adotar por meios adequados uma política destinada a eliminar toda forma de discriminação contra a mulher que inclui, dentre outras medidas:

Estabelecer a proteção jurisdicional dos direitos das mulheres em uma base de igualdade com os dos homens e garantir, por intermédio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva das mulheres contra todo ato de discriminação;

Tomar todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas que constituam discriminação contra as mulheres;

Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra as mulheres (art.2º c, f, g).

³⁷ Conferência de Direitos Humanos - Viena - 1993. Disponível no domínio: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em 10-07-2007 às 09h54min.

O Brasil tem caminhado para a efetivação de tais medidas com a criação de dispositivos legais que retiraram do ordenamento jurídico termos discriminatórios contra as mulheres, mas ainda encontra-se longe de uma igualdade entre homens e mulheres.

1.4.6 Conferência Mundial sobre Desenvolvimento e Paz de Pequim 1995

Esta conferência recomenda que os Estados adotem medidas a fim de assegurar a eficácia das leis para a eliminação da violência contra a mulher, dando ênfase à prevenção da violência e a punição dos agressores, assim como a adoção de medidas para assegurar a proteção das vítimas de violência, tratamento médico adequado, favorecimento das denúncias de agressão, estabelecendo entre outros os seguintes artigos:

- 24. Adotar todas as medidas necessárias para eliminar todas as formas de discriminação contra mulheres e meninas e remover todos os obstáculos à igualdade de gênero e aos avanços e fortalecimento das mulheres;
- 29. Prevenir e eliminar todas as formas de violência contra mulheres e meninas;
- 30. Assegurar a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de mulheres e homens na educação e saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação;
- 31. Promover e proteger todos os direitos humanos das mulheres e das meninas.³⁸

1.4.7 Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher- 2000- Promulgado Pelo Brasil em 2002

Reforça o mecanismo de proteção e de promoção dos direitos da mulher, instituindo o direito de petição individual para apresentação de denúncias e habilitando o Comitê a investigar violações aos direitos humanos das mulheres, de forma sistemática. Este protocolo

³⁸ Declaração de Pequim adotada pela quarta conferência Mundial sobre as mulheres: Ação para igualdade, Desenvolvimento e paz 1995. disponível no domínio: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pequim95.htm>>. Acesso em 10-07-2007 às 11h59min.

foi assinado pelo Estado brasileiro em 13 de março de 2001, aprovado pelo Congresso Nacional em 06 de junho de 2002.

1.4.8 Declaração de Beijüing, 1995 - IV Conferência Mundial sobre as Mulheres

A conferência em comento teve por tema Igualdade, Desenvolvimento e Paz. As três conferências mundiais sobre mulher que a antecederam apontaram neste sentido: a I Conferência Mundial sobre a Mulher (México/75) que aprovou a Década da Mulher (1975 a 1985) em seu Plano de Ação, definiu metas a serem atingidas nos 10 anos seguintes, baseadas nos temas: igualdade entre os sexos, integração da mulher no desenvolvimento social e promoção da paz, além de ter consolidado novos organismos da ONU, como o Centro da Tribuna Internacional da Mulher e o Instituto Internacional de Fundo Voluntário para a Mulher das Nações Unidas; na II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague/80), os governos são convocados a promoverem a igualdade entre mulheres e homens na vida social, econômica e política; e na III Conferência Mundial sobre a Mulher (Nairóbi/85), foram aprovadas e adotadas as Estratégias Encaminhadas para o Futuro do Avanço da Mulher. Na Conferência de Beijing foram assinados dois documentos: o primeiro de natureza política, a Declaração de Beijing; e o segundo, a Plataforma de Ação, que identifica os obstáculos que existem para o pleno desenvolvimento das mulheres e traça estratégias e ações com vistas à sua superação, dando condições para a ampliação dos mecanismos de pressão política.³⁹

1.4.9 Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)

A lei 11.340/06, sancionada pelo presidente da república em 07 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher nos termos do

³⁹ Declaração de Beijing, 1995 - IV Conferência Mundial sobre as Mulheres. Disponível no domínio: <http://200.130.7.5/spmu/legislacao/legislacao_convencao_internacional.htm>. Acesso em 10-07-2007 às 10h50min.

artigo 226 da Constituição Federal e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (OEA- Organização dos Estados Americanos), Convenção de Belém do Pará. Dispõe, ainda, 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, dentre outras providências.

Dentro do contexto abordado, dá-se ênfase ao conceito de violência inserto no artigo 5º da lei, uma vez que ali se insere o termo “gênero” quando menciona que estará configurada a violência doméstica por ação ou omissão baseada no gênero, incluindo a violência sexual e psicológica.

A Lei Maria da Penha, no que tange à conceituação de violência sexual de gênero, doméstica e familiar, apresenta-se em conformidade com a legislação internacional, sendo que no artigo 7º inciso III, define violência sexual como sendo:

Art. 7º. [...]

III - A violência sexual entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar de qualquer forma sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou a prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.⁴⁰

Em síntese, pode ser citado o que trata Stela Valéria Soares na sua obra “Violência Doméstica” análise da lei “Maria da Penha”11.340/06:

A lei 11.340/06 tem por finalidade salvaguardar os interesses das vítimas da violência doméstica, possibilitando a aplicação de medidas efetivas de proteção e punir com mais rigor os agressores. Reuniu toda a legislação sobre a matéria, definindo o crime de forma adequada, estabelecendo procedimento especial para a

⁴⁰ BRASIL. Presidência da Republica. Lei 11.340 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.

tramitação das ações, e competência para processar e julgar, além de medidas de assistência e proteção às vítimas.

Esta lei define o que é violência contra a mulher e suas formas de manifestação que agora podem ser física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. Os julgamentos de crimes de violência doméstica contra a mulher saíram da competência dos juizados especiais e passaram a ser julgados nas varas criminais, enquanto não forem criadas varas dos juizados de violência doméstica, essas varas irão acumular competência civil e criminal.

O pagamento de cestas básicas foi vedado pela nova lei, bem como as penas pecuniárias. Prevê também diretrizes mínimas para apuração desses crimes pela polícia judiciária e penalidades mais rigorosas para os agressores.⁴¹

Entende-se, dessa forma, que a mulher certamente conseguiu sair do anonimato, e a questão de sua opressão pelo homem transcendeu da esfera privada para a pública, inserindo a mulher na pauta das grandes discussões do final do século passado, o que não basta para uma efetiva garantia dos direitos da mulher, pois o sistema penal, nos moldes atuais, recria estereótipos e preconceitos, “[...] o sistema jurídico penal não é capaz de garantir nada, nenhum direito fundamental e capaz de sobreviver sem que haja luta pela realização de quem é seu titular, e da solidariedade da força política e social”.⁴²

⁴¹ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Freitas. **Violência doméstica**, Análise de lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Podivm, 2007, p. 85

⁴² BARATA, Alessandro Pereira; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 103.

2 O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

2.1 O ESTUPRO ENQUANTO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência sexual do estupro enquanto violência de gênero não encontra limites de classe social, religião, cor, etnia, ou qualquer outra, mas segundo Pimentel, Schiritzmeyer e Pandjarian⁴³ difere de uma sociedade para a outra, existindo sociedades mais e outras menos propensas ao estupro, estando intimamente relacionada com fatores políticos, econômicos e ideológicos, que determinarão o nível de violência geral, bem como, a violência relacionada com os estereótipos de papéis sexuais desempenhados por homens e mulheres.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na evolução histórica do tema ora tratado pode-se ponderar sobre determinados quesitos relacionados ao bem jurídico tutelado. Como os valores do mundo civilizado são patriarcais e voltados para a preservação da honra e moral familiar, a última coisa que se levou em consideração foi a apreciação do delito sob uma ótica humanista pautada na vítima, e sim sua apreciação sob a ótica daquele que exercia poder sobre a vítima, sendo este o pai, o marido, líder de determinado clã, casta, família etc. conforme a sociedade onde ocorria o delito, razão pela qual se insere nos crimes contra os costumes.

⁴³ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”** Abordagem Sociojurídica de Gênero. Safe: Porto Alegre, 1998, p. 200

Observa-se que desde o aparecimento das civilizações politicamente organizadas o crime de estupro está previsto em legislações, e as sanções aplicadas ao ofensor eram bastante severas, variando de acordo com a cultura de cada civilização, o que não implica dizer que a mulher sempre recebeu proteção legal.

Segundo Magalhães Noronha, “No ordenamento jurídico hebraico, aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento”⁴⁴, nesse caso a honra atingida era do marido e esta mulher já não podia pertencer a outro, pois a desonra não autorizava o repúdio da mulher. Já se a vítima não era desposada e era virgem a pena era o pagamento de certa quantia feita pelo ofensor ao pai da ofendida, e, ainda, de se casar com ela. Esta situação demonstra o desrespeito com a vítima, em uma prática que perdurou por vários séculos em muitas culturas, incluindo o Brasil que a empregava até a pouco tempo.

Consoante explica Noronha⁴⁵ no direito romano, espanhol e inglês, o indivíduo que praticava o crime de estupro era punido também com a pena de morte, e com o passar do tempo a pena foi modificada, passando a ser o ofensor punido com a castração e vazamento dos olhos.

Para os egípcios, a pena ao infrator era de mutilação. Nas leis canônicas, só poderia ser vítima do crime de estupro a mulher virgem, sendo exigido o emprego da violência. Se fosse mulher já deflorada não caracterizava tal delito⁴⁶ - esta qualidade da vítima também foi exigida por várias legislações brasileiras - as penas também eram bastante severas.

Se hoje o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher e já não corresponde à exata medida da justiça que se espera de uma lei, na antiguidade certamente não era a liberdade sexual da mulher o objeto de proteção legal e sim a honra, a moral, protegendo, assim, a família, monogâmica e patriarcal. A moral protegida não poderia ser a da mulher, visto que ela estava longe de ser possuidora de direitos, mas dentro do controle patriarcal era a reprodutora pessoal de determinado homem, coisa sua, e que nesta situação não poderia ser violada em sua sexualidade, razão pela qual a prostituta estava excluída da proteção legal.

⁴⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. *op. cit.*, p. 66.

⁴⁶ NORONHA, E. Magalhães. *op. cit.*, p. 66.

Em praticamente todas as legislações existentes há a tipificação do crime de estupro e, via de regra, os elementos para a caracterização deste delito são os mesmos: o emprego de violência física ou moral, visando à prática da conjunção carnal ou outro ato de natureza sexual violenta, pois, nem todos os ordenamentos conceituam estupro como sendo a conjunção carnal, por exemplo, nos Estados Unidos é comum que o termo “*Rape*” - que corresponde a estupro -, caracterize qualquer tipo de violação sexual não consentida, existindo o “*Aggravated Rape*” (estupro qualificado) e “*Simple Rape*” (estupro simples).⁴⁷

2.2.1 No Brasil

As primeiras legislações que vigoraram no Brasil foram as Ordenações. A tipificação do delito de estupro na legislação pátria se deu, portanto, inicialmente, nas Ordenações Filipinas, por meio das quais tornava-se possível aplicar a pena de morte como punição a qualquer indivíduo que cometesse tal delito, independentemente da qualidade da vítima, podendo ser cometido até contra prostitutas e escravas, e nem mesmo o casamento do infrator com a ofendida extinguiu a punibilidade.⁴⁸

A evolução legislativa cuidou do retrocesso, visto que, no Código Penal do Império, datado de 1830, foi abolida a pena de morte, e passou-se a prever que ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher “honesta” caracterizava o delito de estupro. O agente teria como punição a pena de prisão que variava de três a doze anos, se a vítima fosse prostituta a pena seria de um mês a dois anos. Este Código, como também o de 1890, faziam distinção entre mulher honesta e mulher pública, prevendo que só mulher honesta poderia ser vítima de estupro, prostituta não poderia ser vítima, uma vez que a meretriz não sofria nenhum dano além da violência, levando-se em consideração o fato de que comercializava seu próprio corpo, “[...] nada tem a temer como consequência do crime”.⁴⁹

⁴⁷ PIMENTEL, Silvia. SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”** Abordagem sociojurídica de gênero. Safe: Porto Alegre, 1998, p. 135-136.

⁴⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

⁴⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

Referindo-se à evolução legislativa do Código Penal Brasileiro, Guilherme de Souza Nucci aponta como preconceituosa a norma que exige como requisito para a existência do crime de estupro, a honestidade da mulher, escrevendo o seguinte:

O código penal de 1830 fazia distinção entre o estupro cometido contra mulher “honesta” – note-se que honestidade era requisito essencial para a mulher poder ser vítima do crime – e a violência sexual praticada contra prostituta. O primeiro tinha pena variável de três a doze anos, enquanto o segundo previa pena de um mês a dois anos. No código penal de 1890 manteve o legislador a discriminação, mencionando que o estupro havia de ter como sujeito passivo a mulher “honesta”, ainda que não fosse virgem, a pena era de um a seis anos. Se fosse mulher pública ou prostituta, a pena seria de seis meses a dois anos. Atualmente tanto faz ser honesta ou não – aliás o mínimo que se espera de uma lei justa.⁵⁰

Com relação à legislação penal vigente tem-se que o estupro encontra-se tipificado em seu artigo 213, dispondo ser crime de estupro, constranger “mulher” à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, tendo como objetivo principal tutelar a liberdade sexual da mulher. O código penal datado de 1940 apresentava o conceito de mulher honesta, bem como, trazia em seu art. 107 as causas de extinção da punibilidade estando entre estas o casamento da vítima com o ofensor ou com terceiro, sendo que esta situação só foi alterada com a lei 11.106/2005, o que revela o desprestígio da vítima de tais delitos, que havia de se conformar com vontades viciadas por valores morais arcaicos e em total desacordo com a atual visão de direitos humanos da mulher. E sobre este assunto escreveu recentemente Sandra Maria Nascimento de Souza Pequeno:

O casamento como causa de extinção da punibilidade, nos crimes contra os costumes, já era previsto no Código Penal do Império (1830) e no Código Penal de 1890, permanecendo no de 1940, ressalvando-se que os dois primeiros Códigos estabeleciam a obrigação de dotar, caso a vítima fosse mulher honesta, na hipótese de estupro (art. 222, parágrafo único, do Código de 1830; art. 276 do Código de 1890). Caso a vítima fosse prostituída, nos dizeres do Código de 1830, pública ou prostituta, conforme expressões utilizadas pelo legislador de 1890, a pena privativa de liberdade era reduzida e inexistia a obrigação de dotar.⁵¹

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 668.

⁵¹ PEQUENO, Sandra Maria do Nascimento. **Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON. Edição Especial. Porto Velho: 2000, p. 44.

Posicionamentos modernos a respeito deste tema demonstram com clareza o quanto a honra e moral machistas eram supervalorizadas em detrimento do sofrimento da vítima, a exemplo do casamento da vítima com o agressor e valorização do quesito virgindade como selo de garantia da moça, como se pode verificar dos textos abaixo:

Induvidosamente, nestas modalidades delitivas, a vítima sofre conseqüências gravosas, de ordem física, moral, psíquica, familiar, etc. e casar-se com seu algoz é uma hipótese esdrúxula e fora de propósito. Todavia, para o legislador de 1940, esta hipótese emerge como uma forma de reparação de dano.⁵²

E ainda o pensamento de Noronha sobre a reparação pelo casamento e a importância da virgindade quando aponta: “A mulher honesta, todavia, carregará por todo o sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso em que assume em nosso meio proporções de dano irreparável”⁵³ que segundo a opinião do mesmo autor é reparável pelo casamento. Poderíamos entender que se tratava de benefício que a lei “generosamente” concedia à vítima. Para Noronha. “É o casamento a maior reparação que o agente pode conceder à ofendida, nos delitos contra os costumes. Dando-lhe o nome, ele a protege, pondo-a a salvo do menosprezo social, ou, pelo menos, da desconfiança, tributo invariável que lhe é cobrado, na desgraça que a aflige”.⁵⁴

Valendo ainda lembrar - muito embora já não vigente - que este instituto refletia ideologias dominantes em nossa sociedade de que o maior dano que a mulher sofria ao ser violentada era na sua moral, necessitando então de um homem para restaurá-la, ainda que este homem fosse seu próprio algoz. E sobre este aspecto a autora já citada expressou o quanto uma norma, pode estar revestida de ideologias, e servir a propósitos morais descabidos que em nada valorizam a pessoa humana, que ao invés de servirem para reparar o dano serviam para perpetuá-lo na intimidade do matrimônio.

No meu sentir, o casamento do ofensor com a vítima, como causa de extinção de punibilidade, nos crimes contra os costumes, constitui o retrato fiel de uma sociedade

⁵² PEQUENO, Sandra Maria do Nascimento. *op. cit.*, p. 35.

⁵³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 3. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

⁵⁴ NORONHA, E. Magalhães. *op. cit.*, p. 376.

dominada pelo "machismo" que acreditava que a mulher, para resgatar sua reputação social, tinha que aceitar casar-se com seu ofensor. Parece mesmo que o único beneficiado é o infrator, que, além de violar a lei e os direitos da vítima, estará isento de punição desde que se case com ela, e este casamento representa a reparação do dano.[...] Custa-me crer que uma mulher, de livre e sã consciência, aceite casar-se com o homem que violou sua liberdade sexual, que se utilizou de violência para obrigá-la a ter com ele conjunção carnal, com o único propósito de satisfazer seus instintos animais. À primeira vista, parece que esta mulher está consentindo em ser violentada sexualmente todos os dias, até porque há uma corrente jurisprudencial e doutrinária que entende que, na constância do casamento, quando o marido obriga a mulher a ter com ele relação sexual não está praticando nenhum crime, mas tão-somente exigindo dela o cumprimento de um dever conjugal. Se assim for, essa vítima nunca mais vai poder alegar ter sido violentada.⁵⁵

Este dispositivo já não vige mais na legislação pátria tendo sido o crime de estupro elevado à categoria de Hediondo pela Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, sendo que a pena a ser aplicada ao indivíduo que praticou tal delito passou a ser ainda mais severa, bem como foram retirados os benefícios previstos na legislação, como a anistia, graça e indulto. Perdeu o infrator também o direito à fiança, à liberdade provisória e determinou que o regime para o cumprimento de toda a pena será o fechado, não sendo beneficiado pela progressão, mesmo se tratando de réu primário e de bons antecedentes.

Esta legislação (Lei 8.072/90) na atualidade encontra inúmeras interpretações jurisprudenciais, e foi alvo de muitas críticas doutrinárias, sendo que com relação ao estupro não poderia de modo algum representar grande avanço visto que incide na pena (resposta concreta do Estado ao final do processo), não incidindo sobre a sistemática processual que prossegue com seus conceitos dogmáticos.

2.3 CRIME CONTRA OS COSTUMES

O crime de estupro encontra-se tipificado no capítulo referente aos crimes contra os costumes, podendo o costume ser entendido como as normas de cunho moral existentes na sociedade, determinando o comportamento dos indivíduos dessa mesma sociedade, e que nela são aceitos como verdadeiros e obrigatórios.

⁵⁵ PEQUENO, Sandra Maria do Nascimento. **Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.** Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON. Edição Especial. Porto Velho: 2000, p.37.

Para Hungria o pudor é uma ação preventiva, de resistência, inibição, em defesa dos critérios éticos sociais.⁵⁶ Com fundamento no pudor público e individual, a coletividade dita normas sobre a moral e os costumes, atendendo aos critérios ético-sociais vigentes para evitar fatos que contrariem esses princípios e lesem interesses do indivíduo, da família etc.

Quanto à liberdade sexual, esta se manifesta no direito de cada ser humano dispor de seu corpo como bem entender, podendo livremente escolher como determinará sua sexualidade.

Sexualidade é a manifestação objetiva do instinto de perpetuação da espécie. Expressa-se por meio de comportamentos e desejos que, no ser humano, muitas vezes não estão diretamente relacionados com o seu objetivo primordial, a reprodução, e sim à satisfação da libido, que é o impulso, o desejo sexual, a manifestação do instinto humano, que encontra limites no pudor. Assim Mirabete conceitua o pudor da seguinte forma: “Sendo o instinto de reprodução um dos mais fortes e tendo sido criado pela natureza para promover a perpetuação da espécie, a adaptação do amor sexual ao ritmo de vida social é obtida pelo pudor, “corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros”.⁵⁷

Como já citado anteriormente o crime de estupro, bem como qualquer tipo de violência sexual deveria estar compreendido entre os crimes contra a pessoa humana.

2.4 CONCEITUAÇÃO

A palavra estupro tem sua origem etimológica no latim, com a palavra “*stuprum*”, que indicava relações sexuais ilícitas, abrangendo qualquer ato sexual em desacordo com a lei ou os costumes. Com a evolução legislativa ocorreram alterações conceituais chegando-se à denominação de conjunção carnal violenta, passando a ser denominado “*stuprum violentum*”. No direito penal brasileiro o estupro tem como elemento a prática da relação sexual mediante violência ou grave ameaça, caracterizada pela conjunção carnal.

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959, p. 90.

⁵⁷ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 90.

A conjunção carnal é entendida como a penetração do pênis na vagina, o que determina duas situações: a primeira é que qualquer atentado diverso da conjunção carnal terá outra tipificação legal, e a segunda é determinante dos sujeitos do delito, sendo passivo somente a mulher, e ativo o homem.

O estupro, crime tipificado como contra os costumes, sendo crime em que o sujeito passivo tem sua liberdade de escolha de parceiro sexual ou integridade física e moral violadas. Encontra-se tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro que diz: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça [...].”⁵⁸

Para Mirabete:

O estupro, primeiro dos crimes contra a liberdade sexual, é definido no art. 213 do CP, alterado, com relação à pena, pelo art. 5º da Lei nº 8.072/90: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos. Trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal. O nomen juris deriva de stuprum, do direito romano, termo que abrangia todas as relações carnavais.⁵⁹

Existem, ainda, muitas conceituações doutrinárias que em tudo se assemelham, pois, a conceituação do crime de estupro não apresenta maiores dificuldades.

2.5 OBJETIVIDADE JURÍDICA

O objetivo primordial da norma é tutelar a liberdade sexual da mulher a fim de garantir-lhe proteção contra qualquer ataque a este direito, bem como, à sua dignidade, integridade física, moral, emocional e psicológica. Podemos hoje acrescentar tais quesitos com base na legislação internacional que pretende proteger a mulher em sua totalidade de direitos com visão humanística, muito embora ainda não se experimente como concreta esta

⁵⁸ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Lei 2.848 de 07 de Setembro de 1940. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 415.

condição, como assenta Ballinas *apud* Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarjian: “No nível jurídico penal, por exemplo, considera-se como direito vulnerado por uma agressão sexual, somente a liberdade e a indenização sexual das vítimas. Os direitos humanos de saúde e integridade física e mental não são incluídos entre os bens jurídicos mencionados pelas agressões sexuais”.⁶⁰

Especificamente é hoje a liberdade sexual da mulher que se pretende proteger com o dispositivo legal, ou seja, o direito que tem ela de dispor de seu corpo com relação aos atos genéricos, e não a sua simples integridade física (RT 531/383).

2.6 SUJEITOS DO DELITO

2.6.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime de estupro, conforme sua conceituação, em sendo caracterizado pela penetração do pênis na vagina, conduz ao entendimento de que se trata de condição própria do sujeito ativo ser homem, uma vez que somente ele é dotado de pênis, e qualquer objeto, ainda que introduzido no órgão sexual feminino, não é bastante para caracterizar estupro.

Entretanto, nada impede que uma mulher possa ser considerada partícipe na efetivação da conduta, respondendo pelo crime a mulher que de qualquer forma participar, ainda que indiretamente, fornecendo ao infrator incentivos psíquicos ou materiais, bem como, coação física ou moral à vítima.

É co-autor aquele que concorre eficazmente para a consumação do estupro, ainda que não tenha mantido relações sexuais com a ofendida (RTJ 104/978; RT 543/466, 545/398, 555/344, 575/479, 588/363, 684/303, 713/341; JTJ 171/295). Nada impede, aliás, que a

⁶⁰ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. e PANDDJARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”** Abordagem sociojurídica de gênero. Safe: Porto Alegre, 1998, p. 52.

mulher seja partícipe (RT 704/369) ou co-autora do crime, colaborando na violência ou na grave ameaça contra a vítima.

2.6.2 Sujeito Passivo

No mesmo sentido tem-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual somente a mulher pode ser vítima do crime de estupro. O coito anal, oral, vestibular ou a penetração de objetos, ainda que a vítima seja mulher, são crimes tipificados como atentado violento ao pudor. Somente a penetração do pênis na cavidade vaginal da mulher, ainda que incompleta e independente de ejaculação, caracterizará o estupro. Tem-se, então, a condição própria de ser mulher o sujeito passivo do crime em comento, a “coisa” pertencente ao homem, cuja posse somente ele poderia ter ainda que de modo violento ou fraudulento. A respeito pode-se vislumbrar o pensamento de Nucci sobre a objetificação da mulher no imaginário masculino que transcende do senso comum para o jurídico.

Tanto é realidade que a mulher sempre foi considerada objeto sexual do homem que o estupro tem por sujeito passivo somente pessoas do sexo feminino. Um homem também poderia ser constrangido por uma mulher à conjunção carnal, algo, no entanto, que não foi tipificado pelo legislador, talvez por crer ser hipótese impossível tamanha a submissão a que se submeteu a mulher nas últimas décadas.⁶¹

Para a lei basta a condição de ser mulher, não exigindo outra condição subjetiva da vítima:

A norma não atribui nenhuma condição subjetiva ao sujeito passivo, apenas que se trata de mulher, podendo a mulher ser virgem ou deflorada (RT 536/307, 541/365; RJTJERGS 143/79), honesta ou prostituta (RT 555/344, 666/295; RJTJERGS 148/78), solteira, casada ou viúva, velha ou moça (RT 395/63 e 92; 7000/355).

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 668.

O estupro é crime cometido contra qualquer mulher, e neste conceito incluem-se as esposas, companheiras, namoradas, estranhas, recatadas, fáceis ou prostitutas que eventualmente sofrem violência sexual por parte de estranhos ou conhecidos, bem como, meninas e adolescentes também violentadas eventualmente por estranhos e mais freqüentemente por seus familiares, que em regra apresentam um grau de dificuldade muito maior em provar o crime, uma vez que nestes casos estão presentes os laços de afetividade, medo, vergonha etc. que as impede, na maioria das vezes, de delatar o infrator, e quando decidem por este caminho enfrentam as dificuldades relativas a este tipo de crime, duplicando sua vitimação.

2.7 TIPO OBJETIVO

O tipo objetivo refere-se à ação objetiva do tipo penal, “constranger”, este constrangimento se dá por meio de ação direta do agressor sobre a vítima caracterizada pela violência física ou a grave ameaça com a finalidade de manter com a mesma “conjunção carnal”. A esse respeito manifesta-se Mirabete, conforme jurisprudência: “A conduta típica no crime de estupro é manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. Conjunção carnal, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta (RT 590/333) entre homem e mulher”.⁶² O tipo objetivo para Delmanto é “[...] que o constrangimento visa à conjunção carnal, isto é, a união sexual, a cópula vagínica. É indiferente que a cópula seja completa ou não[...]”.⁶³

2.8 TIPO SUBJETIVO

O dolo específico do crime de estupro caracteriza-se pela vontade de manter conjunção carnal com a vítima, sendo esta vontade viciada pela falta de consentimento,

⁶² MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 418.

⁶³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Renato; DELMANTO, Celso Junior e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 459.

levando ao constrangimento que pode ser entendido como o ato físico (agressão física) ou moral (coação) de obrigar a vítima a manter conjunção carnal contra a sua vontade.

Para Mirabete “[...] a vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo do delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que é o intuito de manter conjunção carnal”.⁶⁴

2.9 VIOLÊNCIA PRESUMIDA NO CRIME DE ESTUPRO

Para que seja caracterizado o crime de estupro faz-se necessário o emprego da violência, ou seja, que haja dissenso da vítima quanto à relação sexual, uma vez que o consentimento para o ato sexual afastará a tipicidade, a menos que a vítima encontre-se em uma das situações descritas no artigo 224 do Código Penal⁶⁵, quais sejam: “[...] presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Pelo fato de o presente estudo se prestar a uma análise da vitimização e ser a presunção de violência por menoridade a mais complexa e discutida das três hipóteses, a analisaremos por último, neste momento as outras duas, “b” e “c”.

2.9.1 Presunção por Alienação Mental

Na alínea “b” está expressa a presunção por alienação mental, “se a vítima é alienada ou débil mental”, alienação que deve ser comprovada por meio de perícias, não bastando

⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 419.

⁶⁵ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Lei 2.848 de 07 de Setembro de 1940. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva com a Participação de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santo Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

apenas a alegação da condição da vítima, é necessário que a mesma não entenda a natureza do fato a ser praticado. Havendo também a incapacidade de a vítima dar consentimento válido, sendo assim, fácil de ser induzida pelo infrator, por não ter condição de decidir sobre sua vontade, mas para a caracterização da violência presumida é necessário que o agente conheça a condição de alienada ou débil mental da vítima, pois, se não conhecer, deixará de caracterizar a violência presumida.

A presunção de violência legal não só aos portadores de deficiência mental profunda (idiotas e imbecis) mas também os que apresentam redução mais discreta das faculdades intelectuais (débeis mentais propriamente ditos) desde que a deficiência suprima a capacidade de entendimento ou autodeterminação.” (TJSP – RA Rel. Dante Busana –JTJ 171/307).

Esta presunção é relativa, sendo que nos casos em que a vítima não era do convívio do infrator é necessária que a debilidade seja aparente que possa ser percebida por uma pessoa leiga em psiquiatria, não podendo ser considerados os casos em que a debilidade é somente comprovada por exame médico.

2.9.2 Presunção por Impossibilidade de Resistência

Na alínea “c” prevê o diploma legal (art. 224, c), a situação em que a vítima “não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Neste caso, embora não haja menoridade, alienação ou debilidade mental, a vítima está impossibilitada de oferecer resistência. Essa impossibilidade pode ser provocada pelo agente ou não, Nelson Hungria aponta algumas causas transitórias ou permanentes: enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, certos defeitos teratológicos, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de ebriedade ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos ou anestésicos, heptose etc.⁶⁶

È possível verificar a ocorrência da presunção quando a administração da substância entorpecente se deu pelo agente, sendo essa atitude digna de maior reprovação: “Ocorre

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. V. VIII. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 245.

presunção de violência prevista na letra “c” do art. 224 do CP quando a vítima não pode oferecer resistência por estar sob os efeitos de entorpecentes que lhe foi ministrado pelo réu.” (TJSP _ AC Rel. Acácio Rebouças – RT 391/210).

Para Hungria há a possibilidade de caracterizar a presunção em virtude de sono profundo da mulher habituada à cópula⁶⁷, sendo “impossível o defloramento da mulher virgem durante o sono, sem que ela o perceba” (RT 443/448).

Esta presunção é relativa e se faz necessária a comprovação do estado que impossibilitou a defesa. E, ainda, se a vítima durante a ocorrência do ato o percebe e dele não se opõe, desaparece, evidentemente, a presunção (RT 683/308).

2.9.3 Presunção pela Menoridade

Os casos previstos no artigo 224 alínea “a” do código penal, se a vítima não é maior de 14 anos, demandam maior discussão doutrinária e jurisprudencial quanto ao seu caráter absoluto ou relativo. Tendo correntes favoráveis e contrárias. Certo, porém, é que atualmente já está pacificado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência a sua relatividade.

A presunção pela menoridade se refere à especial condição da vítima que, por sua tenra idade, não tem maturidade sexual suficiente para se auto-determinar em sua sexualidade sem que com isso lhe sobrevenham conseqüências que a saúde e a moral pública pretendem evitar.

O legislador de 1940 tratou de presumir a violência, tendo como não válido no mundo jurídico o consentimento da vítima menor de 14 anos, e muito embora na atualidade boa parte dos acontecimentos dessa natureza possam não se tratar de estupro e sim de relações sexuais consentidas, e também não se tratem de vítimas inocentes, mas de meninas com grande conhecimento a respeito de sexo, tendo acesso a informações como jamais visto (como se repete no discurso comum e jurídico), é extremamente necessário que a apreciação de cada caso traga a lume o caráter relativo ou absoluto do caso concreto a fim de se evitar absurdos

⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. *op. cit.*, p. 247.

jurídicos que discrepam totalmente da atual conjuntura mundial de proteção irrestrita ao menor, podendo ser citado como exemplo do absurdo das teses vitimológicas da argumentação do consentimento que vítimas crianças possam consentir validamente na relação sexual e servir de justificativa para a relativização da presunção:

ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - CARACTERIZAÇÃO – CÓPULA CONSENTIDA COM MENOR DE DEZ ANOS QUE, EMBORA NÃO SENDO MAIS VIRGEM, NÃO REVELA A ESPECIAL EXPERIÊNCIA SEXUAL NEM DISCERNIMENTO SUPERIOR AO PRÓPRIO DA IDADE – VOTO VENCIDO. [...] a menos que se disponha de elementos mais consistentes, o abrandamento da norma não deve chegar a esse ponto, ou correremos o risco de, em pouco tempo, ter crianças de oito ou seis anos sendo apresentadas ao sexo, em uma perversa espiral descendente cujas conseqüências danosas seria impossível calcular (TJAP – ap. 918/98 – Câmara Única – j. 09.12.1998 – relator Des. Carmo Antônio).

Relevante é o posicionamento de Fernando Capez, “Com efeito, submeter uma criança de nove anos à conjunção carnal, seduzindo-a com doces e brinquedos, não nos parece ser uma conduta menos grave que empregar violência real contra um adulto. Ambas as formas são, na realidade e na letra da lei, crimes hediondos”.⁶⁸

Essa questão do consentimento juntamente com a leviandade da vítima é trazida a lume como regra de defesa por meio da qual o agente quer afastar a sua culpabilidade com base no consentimento da vítima, já que do ponto de vista jurídico o consentimento para a relação sexual a torna atípica, sendo necessário que o ato conte com o total dissenso da vítima, excetuando-se os casos encobertos pela presunção, uma vez que o dissenso é presumido pela lei. Nesse sentido, apresenta-se o entendimento doutrinário de Damásio que diz:

Constranger significa obrigar, forçar. Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima. É preciso que a falta de consentimento da ofendida seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. Não bastam, pois, as negativas tímidas (quando os gestos de assentimento), nem resistência passiva inerte. [...] Importa é que não haja a adesão da mulher à vontade do agente. Com o consentimento não há crime, à exceção das

⁶⁸ CAPEZ. Fernando. **Curso de direito penal. Parte especial**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

hipóteses de presunção de violência, quando a mulher é incapaz de consentir validamente (CP, art. 224).⁶⁹

O que a doutrina usa como parâmetro para a relativização da presunção é a mudança da moral sexual que atualmente já não encara mais a menor de 14 anos como incapaz de conhecer as implicações de sua conduta, sendo detentora de conhecimentos sobre a sexualidade, suficientes para informar-lhe o melhor comportamento. Assim, tem-se comentado o célebre julgado do ministro Marco Aurélio por Francisco Borges Ferreira Neto, Magistrado de Rondônia:

[...] o comportamento dos adolescentes e a liberdade sexual aceita pela sociedade em geral têm obrigado o intérprete da lei a rever conceitos anteriormente estanques e arraigados a um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido [...] Entretanto, mais recentemente, tal posicionamento ganhou fôlego e imensurável impulso em decorrência da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello destacou que a referida presunção deve ceder à realidade, pois “nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos.”⁷⁰

Muito embora a sociedade viva atualmente um momento de extremada permissividade, não se pode ter como regra que o consentimento ou comportamento menos recatado de uma adolescente afaste o caráter ilícito do agente que com ela mantenha relação sexual apenas tendo como base o nível de promiscuidade trazida a público pelos canais da mídia, podendo ser apreciados entendimentos nesse sentido na jurisprudência do STF:

[...] a lamentável realidade de que novelas e outros espetáculos transmitidos por televisão abordem, com naturalidade, cenas reprováveis [...] não pode conduzir à discriminação desses fatos pelos juízes, até mesmo porque, a prevalecer essa permissividade, os meios de divulgação já teriam derrubado considerável parte da legislação penal no capítulo referente aos costumes e em outros domínios (Ministro Octavio Gallotti RT 636/392).

⁶⁹ JESUS.Damásio Evangelista. **Direito Penal Parte Especial**. 11^a. São Paulo: Saraiva, 1996. V3 p. 90

⁷⁰ NETO , Francisco Borges Ferreira. **A Presunção da Violência pela Menoridade no Crime de Estupro**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON. Edição Especial. Porto Velho 2000. p.213

Nesse pensar, como o comportamento menos recatado da vítima não pode autorizar condutas levianas contra ela, uma vez que a intenção da norma também é coibir a imoralidade pública, podendo certamente dividir a responsabilidade pela sua manutenção com o homem que nesta situação é sujeito ativo, do qual depende a “ação”, e de quem pode se exigir conduta diversa, não existindo motivo para a apreciação da conduta moral apenas da vítima. Nesse sentido é a jurisprudência do TJSP:

[...] a leviandade de uma menor de catorze anos não autoriza ninguém a dela se aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais. Sua imaturidade para consentir em ato de tal relevo para sua vida torna criminoso a ação, pela qual seu autor responde penalmente (Des. Thomaz Carvalho. RT 636/392).

A doutrina entende, contudo, ser possível que, quando haja inegável erro sobre a idade fique afastada a presunção, pois o agente supôs ter mantido relação sexual com pessoa que não se achava sob a proteção da presunção, uma vez que o crime de estupro não prevê a forma culposa, estando o agente encoberto pela norma legal inserta no artigo 20 do código penal que assevera que “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Veja-se, a esse respeito, o entendimento de Damásio de Jesus:

No caso, de estupro por ser crime doloso em que somente é punível a título de dolo, existindo o erro vencível ou invencível por não existir estupro culposo, em razão da imprevisibilidade na lei, inexistirá o crime contra os costumes em questão. Assim, admitindo-se a incidência do erro de tipo escusável (CP, art. 20). [...] pode ocorrer que o sujeito, em face de circunstâncias objetivas, seja levado a suposição sincera de que a vítima tem mais de catorze anos de idade, caso em que não incide nem a presunção de violência.⁷¹

Como se torna possível observar há no meio jurídico dois posicionamentos distintos, tanto na jurisprudência quanto na doutrina; existem aqueles que consideram a presunção relativa e os que a consideram absoluta, estando em franco crescimento o entendimento da

⁷¹ JESUS. Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 775.

relatividade, cedendo aos apelos da atualidade, mas a manutenção da presunção em certos casos como absoluta é de inegável valor hodiernamente para fomentar uma salutar discussão a respeito das intrincadas relações implicadas nesses fatos recorrentes no seio da sociedade, a exemplo da prostituição infantil e da violência sexual intrafamiliar e incestuosa.

2.10 O ESTUPRO COMO VIOLÊNCIA SEXUAL INCESTUOSA

Tomando como incestuosa a violência praticada no seio das famílias sejam elas com laços de sangue ou não, visto que atualmente as famílias já não apresentam mais a mesmas características de outrora e o incesto não é caracterizado como crime, o que se pode verificar nestes casos é a reprovabilidade moral dos atos que ocorrem dentro das comunidades familiares e a presunção de violência nos casos em que a menina é menor de 14 anos.

Esta é uma delicada questão que alcança todas as classes sociais, sem distinção de raça cor ou etnia, mas que se apresenta mais comumente nas classes menos favorecidas onde a imposição de poder, coação física e moral são evidentes, nestes ambientes costuma haver um favorecimento da aproximação entre pais e filhas, padrastos e enteadas e outros parentes; devido aos locais de moradia sem muito espaço os abusos e promiscuidade são mais evidentes e acompanhados de maior grau de degradação de valores, que são agravados pelas condições gerais da sociedade permissiva em que se desenvolvem tais relações. Como salienta José Guilherme de Souza:

Na verdade os crimes sexuais intrafamiliares têm ocorrido – e aumentado significativamente – entre as classes média-baixa e baixa, além daquela composta de marginalizados. A convivência forçada em um mesmo cômodo, a prole numerosa, as meninas mais velhas fazendo o serviço de casa e ainda desempenhando o papel de baby sitters dos irmãos menores, a promiscuidade do ambiente volátil e irresponsável, não raro tendendo à degradação, levam a uma indesejada aproximação entre pais e filhas, padrastos e enteadas, tios e sobrinhas, tutores e pupilas.⁷²

⁷² SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**: Uma abordagem interdisciplinar. Safes: Porto Alegre, 1998, p. 71.

De todas as formas de violência sexual contra a mulher esta é, sem dúvida, a de maior repulsa e que mais demanda preocupação por parte das autoridades e da área da saúde, apesar de ser, na sociedade, velada, dissimulada e escondida debaixo das aparências sociais, mas é certo que afeta a dignidade da pessoa humana, transcendendo para a própria sociedade, assumindo uma forma repulsiva de violência. “Se todo estupro é hediondo – e não apenas em termos legais – o estupro de crianças por seus próprios pais é ainda pior. E este é frequente”.⁷³

Trata-se de um tipo de violência muito mais difícil de identificar, com reflexos psíquicos de maior gravidade que desencadearão outros males sociais.

Muito embora não haja números exatos sobre a quantidade de casos dessa natureza que ocorrem, é sabido, há muito, que se trata de uma prática comum e que não alcança fronteiras, acontecendo em todos os níveis sociais, e encoberta em nome da aparente estabilidade moral da família e, quando vem à tona, já provocou uma gama de vitimização e encontra-se no limite do insuportável. Como comentam Pimentel, Schiritzmeyer e Pandjjarjian:

É sabido, ainda, que quando se trata do pior dos piores tipos de estupro – o incestuoso praticado contra crianças e adolescente – é apenas a “ponta do iceberg” que aflora, chegando aos tribunais, pois o manto da invisibilidade que encobre a violência familiar ainda é imenso. Mas, se em termos quantitativos não temos dados significativos sobre este tipo de violência, isto não impede que se busque analisar o maior ou menor cuidado com que as instituições jurídicas resguardam, efetivamente, os direitos da criança e do adolescente ou privilegiam a preservação da entidade familiar.⁷⁴

O que se deve questionar é se a sociedade está em um nível de cultura tão elevado a ponto de dar ênfase ao comportamento promíscuo da mulher considerando-a culpada quando vitimada pelo estupro, porque a recusa em assumir - como sociedade – a co-responsabilidade pela violência sofrida por meninas no seio de suas famílias, e é certo que tal omissão começa dentro da própria casa, com o pseudodesconhecimento da mãe com relação à violência e alastra-se por outros seguimentos da sociedade sob o manto da invisibilidade.

⁷³ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. e PANDDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Safe: Porto Alegre, 1998, p. 55.

⁷⁴ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P. e PANDDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 43.

Por esta razão é apreciável a dura crítica feita por Souza quando se refere à convivência da mãe para a proliferação da violência sexual familiar:

Seria de indagar-se, e até de interpelar-se, nos foros vitimológicos, e com muito mais seriedade, quem efetivamente se encontra por trás de um indivíduo que não sente peias em abusar sexualmente de suas próprias filhas, enteadas ou pupilas. A resposta, se quiséssemos ser honestos, só poderia ser uma: a convivência feminina, abrangida nesta expressão todas as manifestações de fraqueza e lassidão capazes de conviver juntas numa única pessoa.⁷⁵

Certo, porém, é que tal convivência não ocorre puramente porque a mãe ou responsável pela menor goste da situação, mas porque na maioria das vezes encontra-se em situações de temor por força de ameaças por parte do agressor, necessidade econômica de manutenção básica, ou por sua extrema submissão ao poder masculino que a incapacita para afrontá-lo. Como salienta o mesmo autor:

As mães dessas meninas por medo de represálias, por sentimento de afeto em relação ao homem, por interesse, acabam não denunciando os autores desses fatos, a não ser quando eles já atingiram uma esfera de publicidade junto à circunvizinhança que não é mais possível ocultar [muitas vezes são vizinhos ou parentes dessas vítimas os indigitadores desses fatos à autoridade local].⁷⁶

Neste tipo de violência sexual concorrem para sua manutenção não apenas a mãe omissa ou dominada, como também os profissionais da saúde que se omitem diante de um problema que consideram privado; de outra parte, a escola, a religião, exatamente pela dificuldade de rotular o pai, o chefe de família, o parente, o amigo íntimo como estupro, agressor, tarado etc. também incorrem no mesmo erro, este papel no discurso patriarcal pertence apenas ao degenerado sexual não ao homem social, o chefe de família. É preferível, nestes casos, entender como fantasia infantil, desvios psicológicos e emocionais da criança, ou ainda quando adolescentes ter como caprichos e maldades de meninas levianas, inconformadas com a rigidez moral do pai. E esse discurso vitimológico se apresenta como

⁷⁵ SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais**. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Safes, 1998, p. 71.

⁷⁶ SOUZA, José Guilherme. *op. cit.*, p. 72.

suporte para a fundamentação de decisões absolutórias, desfigurando as queixas da vítima como salienta Souza:

É extremamente volátil o depoimento infantil em tema de crimes sexuais, porque as pequenas vítimas, quase-vítimas ou pretensas vítimas tendem a fantasiar, jogam excessivamente com a imaginação, e são altamente sugestionáveis e tornam-se extremamente susceptíveis à influência de médicos, psicólogos e psiquiatras [principalmente se esses profissionais forem do sexo feminino].

Este tipo de opinião vem corroborar com a idéia central do tema de que na sociedade em geral imperam valores masculinos que pretendem, em última análise, desvirtuar a capacidade da mulher até mesmo como profissional, atribuindo a ela valores negativos de falsidade, dissimulação, desejo de vingança, instigação etc., independente da idade.

2.11 ESTUPRO CONJUGAL

Quanto à possibilidade da configuração de crime de estupro contra a esposa ou companheira existem divergências. Para Noronha e Hungria *apud* Mirabete⁷⁷ o estupro pressupõe cópula ilícita e a conjunção carnal é dever recíproco dos cônjuges, a não ser nos casos em que há ponderáveis razões para a recusa da mulher ao coito (por ex. marido atacado de moléstia venérea). Fragoso *apud* Mirabete⁷⁸ não admite a possibilidade do crime de estupro de marido contra mulher e Bento de Faria citado por Mirabete⁷⁹ considera na expressão conjunção carnal outras espécies de coito, só vê possibilidade de delito quanto aos atos de libertinagem diversos da cópula normal e nos casos em que o marido é portador de moléstia venérea. Celso Delmanto *apud* Mirabete entende ocorrer estupro sempre que houver constrangimento do marido para a realização da conjunção carnal por constituir o fato abuso de direito. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e

⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 417.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. *op. cit.*, p. 417.

⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. *op. cit.*, p. 417.

criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar.⁸⁰

Damásio *apud* Streck entende que a violência ou grave ameaça empregadas pelo marido a fim da realização da conjunção carnal com a esposa só será criminosa se esta tiver justo motivo, senão vejamos:

[...] não fica a mulher com o casamento sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações como e onde este quiser. Não perde o direito de dispor sobre seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal, e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa.⁸¹

Com relação ao texto de Damásio, transcrito acima, Streck, faz uma crítica à dogmática jurídica que pode ser responsável pela manutenção da desigualdade de gênero. Como segue:

Assim, a *contrario sensu*, pode-se entender que, na opinião do renomado jurista, se não existir a justa causa ou se a negativa da esposa em manter relação sexual for de caráter mesquinho, o marido, pode forçá-la a tal, o que significa estuprá-la (tecnicamente falando) [...] Ou isto, ou entendi mal o citado comentário [...] Sem dúvida, este é um dos exemplos de como a dogmática jurídica (mal)trata a mulher. Não há, pois, nesse âmbito, nesse imaginário, qualquer possibilidade de a mulher ser tratada como gênero, como igual.⁸²

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 417.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; BARATA, Alessandro e ANDRADE, Vera Regina. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 87.

⁸² BARATA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. IN: HEIN, Carmem de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 87.

Noronha chega ao extremo de considerar o estupro conjugal como exercício regular de um direito, e seu posicionamento reflete o pensamento dominante da doutrina até recentemente. Veja-se:

As relações sexuais são pertencentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher a qual ela não se pode opor.[...] A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja por fútil motivo, podendo todavia ele responder pelo excesso cometido.[...] O coito normal, lícito entre esposos, pode assim, tornar-se ilícito, quando a ele se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante.[...] Nessa hipótese, convenha-se o ato que marido procura realizar transpõem a órbita do lícito, do exercício regular de um direito, penetrando o campo do ilícito, donde falha o argumento de não haver crime no coito violento entre esposos, por ser sempre lícito.⁸³

Para Hungria, “O marido violentador salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma, pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de direito”.⁸⁴

Como crítica a tal posicionamento tem-se o entendimento doutrinário contemporâneo de Nucci:

Não se desconhece por certo a dificuldade probatória que advém de um estupro cometido no recanto doméstico, inexistindo muitas vezes, testemunhas da violência ou da grave ameaça.[...] Entretanto, a complexidade da prova nessas situações, jamais poderá servir de pretexto para o judiciário fechar as portas à mulher violentada pelo marido, sob o vetusto argumento de ter havido exercício regular de direito.⁸⁵

Dos entendimentos acima se destaca o de Celso Delmanto que considera ilícita e criminosa a coação do marido para a prática sexual, uma vez que a este é garantido o direito à

⁸³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal** .vol. 3. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70 .

⁸⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. VIII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 126.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 669.

ação própria de dissolução matrimonial em caso de rejeição, assim também se mostra o entendimento doutrinário de Nucci que se posiciona de forma veementemente contrária ao entendimento de que seja necessário justo motivo para a recusa da esposa prescrevendo o seguinte: “Há penalistas que sustentam a possibilidade de a mulher não consentir na relação sexual apenas no caso de ter justo motivo. Vamos além: ela pode recusar-se sempre que quiser. Se o marido não suportar esta situação, o caminho é a separação judicial mas jamais o estupro”.⁸⁶

Nucci acrescenta citando Nilo Batista que afirma, “A posição predominante pode ser assim sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjunção carnal. Se isto faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio”.⁸⁷

Apesar de a doutrina ser divergente entre si e a jurisprudência também, tem-se por certo que a manter relação sexual contra a vontade da esposa, companheira ou namorada caracteriza crime e o torna ainda mais grave pelo fato de geralmente vir acompanhando de violência física e psicológica, de difícil dismantelo, uma vez que envolvidos interesses comuns e gerais dos filhos e muitas vezes da mulher que se encontra em uma situação de dependência econômica e emocional do parceiro.

2.12 AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

A regra geral é de que a ação penal no crime de estupro seja privada, somente se procedendo mediante queixa, conforme o disposto no artigo 225, caput, do Código Penal. O interesse aqui seria o de resguardar a intimidade da vítima, pois a ação pode trazer conseqüências desagradáveis e que a mesma muitas vezes não está preparada para vivenciar, sendo mais vantajoso, por vezes, em seu entendimento, não dar prosseguimento à ação penal.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4 ed São Paulo: RT, 2003, p. 668.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.*, p. 668.

A Súmula 608, editada pelo Supremo Tribunal Federal se manifesta, a esse respeito, no seguinte sentido: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Assim, de acordo com o entendimento desse Egrégio Tribunal, se o estupro é praticado mediante violência real, a ação se procede por iniciativa do Ministério Público, contrariando, dessa forma, a regra do artigo 225 do Código Penal.

O Código Penal prevê duas exceções à regra geral da ação privada no crime de estupro, quando deve se proceder mediante ação penal pública. A primeira se verifica quando "a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família" (artigo 225, § 1º, inciso I), sendo esta condicionada à representação da vítima. A segunda hipótese tendo lugar quando "o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador" (artigo 225, § 1º, inciso II), sendo, nesse caso, a ação pública incondicionada.

Esta também é uma dúbia questão, pois, se de um lado protege a intimidade da vítima de outro coloca a questão em plano secundário, o que significa, em muitos casos, a impunidade, uma vez que, se o Estado, tomando conhecimento, agisse, pouparia grande parte do constrangimento e exposição da vítima que assumiria no processo o status de testemunha ocular, e ao Ministério Público incumbiria a defesa técnica do bem jurídico lesado, o que certamente, se não resultasse em mais condenações, daria maior visibilidade à questão, e, como consequência, obrigaria o poder público a desenvolver políticas públicas mais eficazes na prevenção e punição desses crimes.

3 DA VITIMIZAÇÃO DA MULHER NOS CRIMES SEXUAIS

3.1 CONCEITO HISTÓRICO E DOGMÁTICO DE VÍTIMA E SEU POSICIONAMENTO ATUAL

3.1.1 Conceito de Vítima

O conceito de vítima sofreu alterações ao longo do tempo e de acordo com o enfoque de cada criminólogo que se dedicou ao estudo do tema. Todavia, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder, extraída dos debates realizados no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, em Milão, Itália, no ano de 1985, esclarece que vítima é a pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido dano, inclusive lesão física ou mental, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados Membros, ou que, mesmo não ofensivas às leis penais nacionais, contrariem normas internacionalmente reconhecidas relativas aos direitos humanos.⁸⁸

⁸⁸ ROIDIS, Alessandra da Rocha Lima. **Vitimologia**. Disponível no domínio: <<http://www.emerj.rj.gov.br/biblioteca/resenhas/2000/alessandrar.htm>>. Acesso em 10/07/07 às 11h31min.

3.1.2 Evolução histórica

Na época da justiça privada a vítima vivenciou o período em que era considerada de grande importância, pois a resposta ao crime era subordinada ao estado emocional da vítima que tinha o direito de se vingar do autor do crime. É considerado o período do máximo protagonismo da vítima. Como esclarece Pequeno:

Nos primórdios da vivência do direito, a vítima e sua família ocupavam uma posição privilegiada. A elas se facultava requerer a vingança ou a compensação. Com a evolução social e política, o Estado passou a ser o titular da *persecutio criminis*, migrando a vítima de uma posição central para uma posição periférica.⁸⁹

Neste segundo momento histórico a vítima deixou de existir concretamente, passando a ser mais um conceito abstrato do direito, um objeto e não um sujeito de direitos. Existia apenas como objeto de investigação criminal, conforme Luiz Flavio Gomes: “[...] a vítima é encarada como mero objeto, dela se esperando que cumpra seu papel testemunhal, com todos os inconvenientes e riscos que isso acarreta”.⁹⁰

Em um terceiro momento a vítima é redescoberta, caracterizando a ampliação do interesse pela vítima por meio da vitimologia. Agora não mais como na época da vingança privada, mas como aquela que busca a redefinição do status da vítima e de suas relações com o delinqüente, com o sistema legal, a sociedade, o poder público e a ação política.

Este terceiro momento se deu após a II Guerra Mundial e as atrocidades cometidas nos campos de concentração contra os judeus pelos nazistas. Benjamin Mendelson, professor de Criminologia e advogado em Jerusalém, considerado, “o ‘pai’ da Vitimologia”⁹¹, declarou que a vítima não poderia mais ser considerada mera coadjuvante de uma infração penal, não

⁸⁹ PEQUENO, Sandra Maria do Nascimento. **Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON. Edição Especial. Porto Velho: 2000, p. 37.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **A vitimologia e o modelo consensual de justiça criminal**. RT 745/423.

⁹¹ SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**. Uma abordagem interdisciplinar. Safes: Porto Alegre, 1998, p. 98

mais poderia ficar limitada a ser sujeito passivo de um crime, devendo sair da obscuridade a qual lhe fora impingida.⁹²

Mendelson caracterizava a Vitimologia como a ciência que procura estudar a personalidade da vítima sob os pontos de vista psicológico e sociológico na busca do diagnóstico e da terapêutica do crime e da proteção individual e geral da vítima.

Mendelson desenvolveu uma classificação das vítimas que foi ao longo dos anos sintetizada por diversos autores, sendo apresentada da seguinte maneira por Souza:

[...] Mendelson conclui pela existência de três grandes grupos de vítimas: 1 – vítima inocente, ou ideal; 2 – vítima provocadora, imprudente, voluntária e ignorante, caracterizada pela evidente participação prestada aos fins queridos pelo agente; 3 – vítima agressora, simuladora e imaginária, que na verdade deve ser considerada como suposta vítima, uma vez que na realidade, deve ser tipificada como co-autora do resultado querido pelo agente.⁹³

A partir de então o assunto foi pesquisado e desenvolvido, em razão da verificação da importância da participação da vítima na gênese do crime. Sendo seu objeto o exame da vítima de toda e qualquer espécie de conduta ilícita do homem, e não se restringe apenas ao sujeito passivo de um crime. A Vitimologia consiste, assim, em proposta de caráter multidisciplinar e abrange não só o estudo da vítima no Direito Penal, mas em todos os ramos das ciências sociais. Porém, segundo Andrade “[...] não se dá com a mesma intensidade em todos os processos de criminalização, encontrando nos crimes sexuais o lugar por excelência de sua utilização”.⁹⁴

⁹² **HISTÓRIA da vitimologia.** Disponível no Domínio: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/13/97/1397/DN_Vitimologia.doc>. Acesso em 19-07-07 às 11h24min.

⁹³ SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais.** Uma abordagem interdisciplinar. Safes: Porto Alegre 1998, pág. 84

⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Artigo apresentado no 9º Seminário Internacional IBCCrim. Disponível do domínio: <http://www.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2006/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf> Acesso em 22-07-2007 às 12h30min.

3.1.3 Posição Ocupada pela Vítima de Crimes Sexuais na Atualidade

Do ponto de vista vitimológico, ocupa a vítima papel de destaque (negativo) na demanda penal ao lado do criminoso, uma vez que após os estudos da vitimologia fundados por Mendelson que tinham o objetivo de identificar as possíveis vítimas para ofertar-lhes proteção, desenvolveu-se o estudo da vítima enquanto influenciadora do delito de modo a enquadrá-la dentro da parêntese penal, como parte tão responsável pelo crime quanto o criminoso.

Como já explicitado, foi no campo da sexualidade que a vitimologia encontrou terreno fértil, no qual a vítima foi enquadrada dentro dos conceitos vitimológicos a partir de parâmetros subjetivos como “comportamento moral”, “respeito público”, “honestidade” etc., como se pode auferir das palavras do vitimólogo José Guilherme, relativas aos crimes sexuais, e que retratam com clareza o quanto o discurso dogmático-jurídico reflete o senso comum de distribuição de honra e reputação com base na conduta sexual:

[...] para “medir” a conduta da vítima em cada fato crimino-vitimógeno dado, seria possível formular as seguintes indagações: a vítima agiu de acordo com princípios éticos? a vítima conformou-se com a moral sexual de seu tempo e de seu espaço? a vítima apresentou um comportamento uniforme? a vítima antes do fato, era respeitada pela generalidade das pessoas honestas? a vítima por outro lado, sofreu algum tipo de violência? a vítima resistiu aos propósitos do agente, ou deles dissentiu comprovadamente? Se a resposta for “sim” indubitavelmente se estará diante de uma vítima concreta e verdadeira, uma vítima real. Se ao contrário, a resposta for “talvez”, “não se sabe”, “impossível aferir”, penso que não andará mal o julgador que decidir pela absolvição do réu [...].⁹⁵

Neste ponto cabe uma breve história de autoria de Simone de Beauvoir citada por Saraiva na qual esta narra que certa feita uma mulher, maltratada pelo marido, arranjava um amante a cuja casa ia uma vez por semana. Para visitar o amante tinha de atravessar um rio e podia fazê-lo de duas maneiras: por barca ou por uma ponte. Como nas proximidades havia um conhecido assassino, evitava fazer o trajeto andando. Um dia, demorou-se mais que de costume, e quando chegou ao rio, o barqueiro não quis levá-la, dizendo que seu expediente

⁹⁵ SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais**. Uma Abordagem Interdisciplinar. Porto Alegre: Safes, 1998, p. 66.

tinha terminado. A mulher pediu ao amante que a acompanhasse até a ponte, mas este recusou, alegando cansaço. A mulher resolveu arriscar, e o assassino a matou. Simone então pergunta de quem seria a culpa? Do barqueiro burocrata? Do amante negligente? Ou da própria mulher? E comenta: - Em geral, as pessoas culpam um destes três, mas ninguém se lembra do assassino.⁹⁶

Desse modo poder-se-ia entender ser normal assassinar, roubar, estuprar e que cabe à vítima comportar-se de modo “adequado” para não despertar o instinto criminoso do agressor. Na exposição de motivos do Código Penal, este, ao tratar do artigo 59 faz referência expressa ao “pouco recato” como determinante do grau de censurabilidade nos crimes contra os costumes. Ora: “[...] fez-se referencia expressa ao comportamento da vítima erigido muitas vezes em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como entre outras modalidades o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.⁹⁷ Criou-se, assim, para o sistema jurídico penal, um referente na distribuição da justiça nos atentados sexuais, a saber: a conduta sexual feminina.

E ainda, nos crimes de natureza sexual, exige-se da vítima mais que este comportamento “adequado”, é necessário que a mesma preencha certos requisitos subjetivos a fim de alcançar o status de vítima. Estes conceitos vitimológicos constituem o pensamento jurídico dominante, pois a justiça, ao apreciar um crime de natureza sexual, especialmente o estupro, o faz dentro de parâmetros pré-constituídos, femininos e masculinos, em que figura como condição para condenação que as partes se amoldem a estereótipos devendo, assim, para uma possível condenação, a vítima (mulher) representar o modelo “honesta” e o agressor (homem) o modelo “estuprador”. Assim manifesta-se o entendimento de Andrade sobre a postura adotada pelo sistema de justiça criminal nos crime sexuais:

Em suma as mulheres estereotipadas como desonestas do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio de teses vitimológicas mais conservadoras, de vítimas em acusadas ou rés num nível crescente de argumentação que inclui ela ter “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, forjado o estupro ou “estuprado” o pretenso estuprador.

⁹⁶ SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas Socioeducativas e o Adolescente Infrator**. Disponível no domínio: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em 22-07-2007 às 13h45min.

⁹⁷ BRASIL. **Exposição de motivos da nova parte geral do código penal brasileiro**. Lei 7.209 de 11/07/1984. Vade Mecum Saraiva. 2007, p. 530.

Especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador. Pois correspondê-lo, é condição fundamental para a condenação.⁹⁸

Por esta razão, apesar de toda a penalização conferida ao crime de estupro erigido à categoria de hediondo, o sistema penal não se presta à proteção da vítima, sendo a impunidade a regra do sistema, Andrade entende que “[...] o sistema penal, salvo situações contingentes e excepcionais, é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência sexual”⁹⁹, e prossegue:

[...] ser considerada vítima, nos labirintos da honestidade, não implica diretamente em punibilidade do autor. O sistema de justiça criminal, que promete proteger as vítimas de crimes sexuais, absolve, ao que tudo indica, com muito maior frequência do que condena. A regra na conduta de estupro _segundo a lógica do sistema penal – é a impunidade, e a condenação em casos limites[...].¹⁰⁰

Constata-se, portanto, que o papel da vítima nos crimes sexuais, muito embora segundo a doutrina constituam o vértice de todas as provas, dependem da credibilidade de sua conduta moral, de seu comportamento, salientando “[...] o fato de o crime de estupro ser o único crime do mundo em que a vítima é acusada e considerada culpada da violência praticada contra ela”.¹⁰¹

3.2 A VITIMIZAÇÃO SEXUAL DA MULHER

O crime de estupro, bem como os demais abusos sexuais, consiste em fenômeno que desconhece fronteiras, atingindo mulheres de todo o mundo sem distinção de classe social,

⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Artigo apresentado no 9º Seminário Internacional IBCCrim. Disponível no domínio:

http://www.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2006/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf. Acesso em 22-07-2007 às 12h30min.

⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *op. cit.*

¹⁰⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *op. cit.*

¹⁰¹ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 57.

cor, etnia, idade etc. e independe da situação ou local, mulheres sofrem abusos sexuais na rua por estranhos, em casa por parentes e pessoas próximas, no trabalho, em situação de paz ou em situação de guerra, nesta última atingindo proporções de violação de direitos humanos, podendo ser inclusive considerado crime de genocídio.¹⁰² A respeito de sua incidência não há dados seguros, mas apesar de desconhecida a verdadeira incidência dos crimes sexuais, [...]”estima-se que afetem 12 milhões de pessoas em todo o mundo. Apenas nos EUA, calcula-se que cerca de 680 mil mulheres são estupradas e que 200 mil crianças são sexualmente abusadas, a cada ano”.¹⁰³

Karen Giffin cita um estudo de Heise, desenvolvido em seis estados norte-americanos, que sugerem que entre 1/5 e 1/7 das mulheres norte-americanas serão vítimas de estupro durante sua vida. Além disso, dados obtidos de centros de atendimento a vítimas de estupro em sete países mostram que de 36% a 58% das vítimas de estupro ou tentativa de estupro têm menos de 16 anos; 18% a 32% têm menos de 11 anos; e em 60% a 78% dos casos o agressor é uma pessoa conhecida. Os dados dos Estados Unidos indicam que de 27% a 62% das mulheres sofrem pelo menos um evento de abuso sexual (não necessariamente estupro) antes dos 18 anos, enquanto um estudo do Governo do Canadá estima que 25% das meninas sofrem algum tipo de abuso sexual antes dos 17 anos.¹⁰⁴

Questão interessante se revela nessas pesquisas e diz respeito às relações de gênero quando a maioria dos agressores e vítimas são pessoas próximas e, especificamente, parentes, o que desmistifica a idéia de que o estuprador seja um degenerado, tarado, com alguma patologia ligada ao sexo, bem como, revela que meninas são vítimas mais vulneráveis às agressões sexuais do que mulheres adultas, Giffi cita um estudo sobre mães adolescentes num hospital de Lima onde revela que 90% das mães entre 12 e 16 anos tinham sido estupradas e que, em sua grande maioria, o agressor foi o pai, o padrasto ou outro parente próximo. Em uma entidade para mães adolescentes na Costa Rica relata-se que 95% das grávidas com menos de 15 anos são vítimas de incesto.¹⁰⁵

¹⁰² TESCARI, Adriana Sader. **Violência sexual em situação de conflito armado**. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 62.

¹⁰³ **VIOLÊNCIA sexual: medidas, intervenções e estatísticas**. Disponível no domínio: <<http://www.ipas.org.br/violencia antes.html>>. Acesso em 08-07-07 às 11h00min.

¹⁰⁴ GIFFIN, Karen. **Violência de gênero, sexualidade e saúde**. Disponível no domínio: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1994000500010&script=sci_arttext>. Acesso em 10-07-07 às 10h41min.

¹⁰⁵ GIFFIN, Karen. *op. cit.*

Os dados acima explicitados são corroborados por pesquisa realizada nas cinco regiões do Brasil cujos resultados foram analisados pelas autoras Pimentel e Pandjardin que se dedicaram ao estudo de cinquenta processos de estupro, revelando dados relativos à faixa etária e grau de proximidade entre vítima e infrator:

A maioria absoluta delas (70%) não tinha 18 anos à época dos fatos: 12% sequer tinham 10 anos, 32% estavam na faixa dos 10 aos 13 anos, e 26% na faixa dos 14 aos 17 anos [...]. Na maior parte dos casos 70%, acusados de estupro e suas vítimas conheciam-se anteriormente.[...] segundo relatório de 1981 do *London Incest Survivors Group*, do conjunto de agressores de crianças, aqueles externos ao círculo familiar representam apenas 5% a 15%, sendo que 72% dos demais costumam ser seus próprios pais. O *Mensual American*, de 1961 já apontava que uma “menininha” em cada cinco, seria agredida sexualmente por um homem de sua família.¹⁰⁶

Em um recente trabalho organizado por Faleiros intitulado “Abuso sexual contra crianças e adolescentes, Os descaminhos da Denúncia” faz-se referência à relação de poder existente nos abusos de crianças que foram verificados pela pesquisa:

A relação existente entre abusadores e vítimas, constatada na pesquisa, é outro importante indicador das relações de poder existentes na família, pois em 60,4% da situações pesquisadas os abusadores são familiares das vítimas [...] tratando-se portanto, de abusos sexuais incestuosos [...] verificou-se na pesquisa que a família é um espaço contraditório de violência ou de proteção, pois, como visto, se por um lado a grande maioria dos abusos sexuais são incestuosos, por outro lado, 62,5% das denúncias foram feitas por familiares[...] É importante também notar as relações de gênero presentes nas denúncias, evidenciadas no fato de 70,9% das denunciadas serem mulheres (mães, irmãs, tia, avó, patroa da mãe e as próprias vítimas).¹⁰⁷

Reportagem publicada no jornal “O estado de São Paulo” em 15-05-07 revela que somente neste Estado foram registrados 2.560 casos de estupro em 2006, uma vítima a cada 4 horas, a maioria envolvendo jovens. E, ainda, que diariamente de 10 a 12 mulheres dão entrada no Hospital Pérola Byington¹⁰⁸, vítimas de violência sexual. As estimativas mostram

¹⁰⁶ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. E PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe 1998, p. 76-79.

¹⁰⁷ FALEIROS, Eva. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes: os (des)caminhos da denúncia.** Brasília: Secretaria especial dos direitos humanos, 2003, p. 190-191.

¹⁰⁸ O Hospital Pérola Byington, é um centro de referência no atendimento à mulher vítima de violência sexual.

que três ou quatro casos são de estupro. A cada semana, pelo menos três mulheres que engravidaram após serem vítimas desse tipo de violência fazem aborto legal no hospital. Cerca de 40% das que são submetidas à cirurgia têm entre 10 e 17 anos, segundo dados da instituição. Na maioria dos casos - 90% deles -, os agressores são conhecidos.¹⁰⁹

Dados do Ministério da Justiça apontam como vítimas, de preferência, menores de até 17 anos (58,3%), tendo sido registrado em 2004 e 2005 13.779 vítimas e 11.306 agressores de estupro no Brasil,¹¹⁰ lembrando apenas que este número é ínfimo em relação à margem não denunciada, pois, segundo o Ministério da Saúde (1999) menos de 10% são notificados,¹¹¹ os demais casos engrossam as cifras negras da invisibilidade da violência sexual, especialmente a violência de gênero que se dá no recinto doméstico envolta em relações de poder e submissão de mulheres e crianças e que são ignoradas pela sociedade e pelo poder público.

3.3 VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA

A vitimização primária pode ser representada pela violência física empregada pelo agressor na consumação do ato, por meio de lesões na região vaginal, lesões corporais, e até a morte. Mas não é apenas a violência física que representa a vitimização primária no crime de estupro, as conseqüências biopsicossociais são ainda mais difíceis de mensurar, embora acometam a maioria das vítimas e de suas famílias. Na esfera emocional, a violência sexual produz efeitos intensos e devastadores, muitas vezes irreparáveis.

¹⁰⁹ CAPITELLI, Marici. **Em SP, uma vítima de estupro a cada 4 horas**. Publicado em O Estado de S.Paulo, 15-05-07. Disponível do domínio <<http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=708>>. Acesso em 23-07-07 às 21h23min.

¹¹⁰ **PERFIL das vítimas e agressores das ocorrências registradas pelas polícias civis (janeiro de 2004 a dezembro de 2005)**. Ministério da Justiça / Secretaria Nacional de Segurança Pública / Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal em Segurança Pública / Secretarias Estaduais de Segurança Pública / IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul não enviaram informações para os dois anos analisados. Sergipe não enviou informações para 2005 e Santa Catarina não enviou informações para 2004. Disponível no domínio: <<http://www.mj.gov.br/senasp/estatisticas/perfil%20das%20v%C3%ADtimas%20e%20agressores.pdf>>. acesso em 20/07/07 às 22:20min.

¹¹¹ SOUZA, Cecília de Melo e ADESSE, Leila. **Violência sexual no Brasil, perspectivas e desafios**. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Brasília: Ipas, 2005, p. 25.

Para a saúde, os danos e os agravos do abuso sexual são expressivos e complexos, com particular impacto sobre a saúde sexual e reprodutiva. Entre eles, a gravidez decorrente do estupro se destaca pela multiplicidade de reações e sentimentos que provoca, tanto para a vítima como para a sociedade. Geralmente é encarada como segunda violência, intolerável para a maioria das mulheres.¹¹²

No caso do estupro, Segundo Giffin, as conseqüências podem durar anos: “Estudos dos Estados Unidos mostram que 25% das vítimas de estupro continuam exibindo sintomas disfuncionais 4 a 6 anos após o evento”¹¹³, ainda são relevantes o número elevado de DSTs incluindo aqui HIV, sífilis e outras que se pode contrair nestes eventos, e a questão da gravidez, com o conseqüente dilema do Aborto que vitimiza excessivamente a mulher, transcendendo para a sociedade e se convertendo em outro problema de estigmas e preconceitos que a mulher vítima irá enfrentar.

No caso do abuso sexual de crianças, Heise *apud* Giffin relata que 20% das vítimas nos Estados Unidos apresenta seqüelas psicológicas sérias em longo prazo, os casos mais graves dizem respeito às vítimas de pais e padrastos com contato genital. As seqüelas somáticas em crianças abusadas sexualmente incluem problemas crônicos de dor pélvica, dor de cabeça e asma, além de problemas ginecológicos e gastrintestinais. Apontando ainda para os efeitos psicológicos como a fragilização destas vítimas que pode incluir efeitos permanentes em nível de auto-estima e auto-imagem, deixando-as “[...] com menos possibilidade de se proteger, menos seguras do seu valor e dos seus limites pessoais, e mais propensas a aceitar a vitimização como sendo parte da sua condição de mulher”¹¹⁴.

Saffiot *apud* Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian aponta ainda o sentimento de culpa, impotência e tendências à marginalidade:

As vítimas acham-se duplamente atacadas: pela condenação tanto da resistência quanto da aquiescência. E isto produz auto-culpabilização. Suas tentativas de se livrarem dessa dupla atadura encaminha-as, muito freqüentemente, para a vida nas

¹¹² CAPITELLI, Marici. **Em SP, uma vítima de estupro a cada 4 horas**. Publicado em O Estado de S.Paulo, 15/05/07. Disponível do domínio < <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=708>>. Acesso em 23-07-07 às 21h23min.

¹¹³ GIFFIN, Karen. **Violência de gênero, sexualidade e saúde**. Disponível no domínio: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1994000500010&script=sci_arttext>. Acesso em 10-07-07 às 10h41min.

¹¹⁴ GIFFIN, Karen. *op. cit.*

ruas e para a atividade sexual delinqüente, o que empana a distinção entre o bem e o mal.¹¹⁵

Segundo Giffin, ainda, o estupro pode gerar de imediato sintomas de transtornos de estresse pós-traumático e seqüelas em longo prazo, ocasionando reações emocionais severas, em especial: medo, depressão e raiva. Há uma fase de impacto agudo em que se aprofunda o sentimento de culpa da vítima e depois uma evidente ansiedade crônica, acompanhada de tensão, fadiga, depressão, baixa auto-estima etc.¹¹⁶ Estes são alguns dos sintomas possíveis de serem descritos, muito embora uma gama de sentimentos atinjam estas vítimas, impedindo-as, muitas vezes, de denunciar e de livrar-se do crime que, em alguns casos, assumem formas reiteradas e múltiplas de violências e abusos.

Veja-se como a jurisprudência já decidiu pelo caráter hediondo no estupro simples com base nos efeitos psicológicos e emocionais que representa para a vítima:

PENAL. CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CÓDIGO PENAL, Arts. 213 E 214. Lei 8.072/90, redação da lei 8.930/94, art. 1º, V e VI.

I– os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples código Penal arts. 213 e 214 _ como nas qualificadas (código penal, arts. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos. Lei 8.072/90, redação da lei 8.930/94, art. 1º, V e VI.

II _ H.C. Indeferido

[...] “ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional.” (Maria Berenice Dias, “Estupro, Crime Duplamente hediondo”, “Correio Brasiliense”, “Caderno direito e justiça”, 27/08/2001. (*Hábeas Corpus* 81.288-1 Santa Catarina – min. Carlos Veloso).

O que se deve ter em mente é que o incesto não é crime, valendo-se, a vítima apenas da presunção de violência, e que ainda como regra, não se opera com o uso da violência física, a regra é a intimidação, a sedução, a manipulação por chantagem, suborno e em último caso o uso de violência física ou coação moral, o que não o torna menos hediondo.

¹¹⁵ SAFFIOT, Heleieth. *Apud.* PIMENTEL, Silvia. SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro Crime ou “Cortesia”?** *Abordagem Sociojurídica de Gênero.* Porto Alegre: Safe 1998. p.94

¹¹⁶ HEISE, L. *Apud.* GIFFIN, Karen. **Violência de Gênero, Sexualidade e Saúde.** Disponível no domínio: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1994000500010&script=sci_arttext. Acesso em 10/07/07 às 10:41.

3.4 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA OU PROCESSUAL: A DUPLICAÇÃO DA VIOLÊNCIA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL E O JULGAMENTO MORAL DA VÍTIMA

Por vitimização secundária ou processual pode ser entendida aquela gerada a partir do momento em que a mulher, vítima de estupro (neste caso específico), ou seu representante legal decidem levar a questão à apreciação do Poder Judiciário, iniciando-se, na maioria das vezes, nas delegacias de polícia judiciária onde a notícia crime é apresentada à autoridade policial com a lavratura do registro de ocorrência e prossegue com o inquérito policial.

A partir desse momento a vítima que já se encontra fragilizada pelo acontecimento encontrará, certamente, uma polícia despreparada e pouco especializada no assunto, iniciando assim a *via crucis* da vítima que se encerrará com a sentença definitiva proferida pelo Estado-juiz, enfrentando neste longo e penoso caminho a hostilidade de um mundo jurídico, classista e patriarcal que reflete as tendências e ideologias dominantes na sociedade, e que efetivamente representarão uma duplicação de sua vitimação porque, segundo Andrade:

O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime – a ação regra geral é de iniciativa privada – acaba por ver-se ela própria “julgada” (pela visão masculina da lei, da polícia, e da justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada.¹¹⁷

E prossegue:

[...] se trata de um (sub)sistema de controle seletivo e desigual (de homens e mulheres), e porque é ele próprio um sistema de violência institucional que exerce seu poder e seu controle também sobre as vítimas. E ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social – a culminação de um

¹¹⁷ ANDRADE, Vera Regina. **Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina?** Disponível no domínio: [http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia sexual e sistema penal protecao ou vitimacao feminina.htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia%20sexual%20e%20sistema%20penal%20protecao%20ou%20vitimacao%20feminina.htm) acesso em 25/072007 às 10:53.

processo de controle que certamente se inicia na família – o sistema penal duplica ao invés de proteger a vitimação feminina.¹¹⁸

Desde a fase inquisitorial a mulher vítima, incluindo as adolescentes e em alguns casos também as crianças (meninas) e posteriormente, na fase processual, enfrentarão a suspeita que naturalmente recai sobre elas em casos de estupro, pois muito embora a sociedade pareça abominar estes crimes que atingem também o status moral da sociedade, tendem a culpar a vítima, fortalecendo os estereótipos de vítima e infrator que perpassam do senso comum, se exteriorizando nos discursos das partes, bem como, dos operadores do direito, incluindo aqui a informação de que os juízes, que para fundamentar suas decisões, se apóiam em interpretações preconceituosas e desrespeitosas à condição de pessoa humana da mulher vítima de crimes sexuais, e que seguramente se constitui em duplicação da vitimação feminina, sendo expediente largamente utilizado nas teses de defesa e fundamentação de sentenças como apontam as autoras Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian:

[...] é sabido que o tratamento dado à questão da violência sexual contra a mulher – especialmente o estupro – pelas autoridades, em geral, é bastante ambíguo. Na esfera policial, esta ambigüidade revela-se desde o momento da notícia do crime, quando quase sempre a mulher é encarada com extrema suspeição, configurando-se uma inversão de sua condição de vítima em ré. E não apenas na esfera policial isto ocorre. Estudos demonstram haver discursos desrespeitosos à vítima também no interior dos processos.¹¹⁹

Estas autoras, em sua obra “Estupro Crime ou “Cortesia”? Abordagem Sociojurídica de Gênero”, analisaram os discursos jurídicos em 50 processos de crimes de estupro em todo o país, concluindo pela incidência de estereótipos e preconceitos contra as vítimas destes delitos, assim como também a respeito dos infratores e a seletividade e etiquetagem de determinadas classes sociais pela criminologia que, para Alessandro Barata *apud* Pimentel,

¹¹⁸ ANDRADE, Vera Regina. **Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina?** Disponível no domínio: [http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia sexual e sistema penal proteção ou vitimação feminina.htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia%20sexual%20e%20sistema%20penal%20proteção%20ou%20vitimação%20feminina.htm) acesso em 25/072007 às 10:53h.

¹¹⁹ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 27.

Schritzmeyer e Pandjarian, “[...] são antes, conotações sobre as quais é atribuído o status de criminoso”¹²⁰

O que corrobora a posição de Andrade já exposta, da necessidade de o agressor corresponder ao estereótipo de “estuprador” que seria condição fundamental para a condenação, havendo, assim, pelo sistema, a seletividade daqueles que já por suas características criminosas seriam potencialmente estupradores, e a seletividade das vítimas que também por suas condutas morais poderiam ser selecionadas como potencialmente vítimas de estupro, sendo “*conditio sine qua non*” a honestidade. O que a autora denomina de “lógica da honestidade”:

Na criminalização sexual o sistema criminal segue, talvez com mais contundência do que em qualquer outra, a lógica da seletividade, acendendo seus holofotes sobre as *pessoas* (autor e vítima) envolvidas, antes que sobre o fato-crime cometido, de acordo com estereótipos de violentadores e vítimas. O diferencial é que há uma outra lógica específica acionada para a criminalização das condutas sexuais – a que denomino lógica da honestidade” – que pode ser vista como uma sublógica da seletividade na medida em que se estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas *honestas* (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres *desonestas* (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher.¹²¹

A partir da pesquisa já citada realizada por Pimentel, Schritzmeyer e Pandjarian, pode-se considerar que esta “lógica da honestidade” acaba por vitimar secundariamente a mulher, sendo reproduzidos nos discursos jurídicos os estereótipos até mesmo pelos próprios patronos das vítimas que tendem a “pintar” a mesma como honesta, logo, merecedora da proteção jurídica, relegando a segundo plano o fato de um bem jurídico relevante ter sido violado, atingindo uma gama de direitos fundamentais da pessoa humana que independem de sua conduta moral, uma vez que a própria lei não atribui nenhuma qualidade especial à vítima além de ser “mulher. As autoras apontam para o seguinte:

¹²⁰ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 73.

¹²¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal:** o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Artigo apresentado no 9º Seminário Internacional. Disponível no domínio <IBCCrim.http://www.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2006/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf>. Acesso em 22-07-2007 às 12h30min.

A existência do estupro só ganha plausibilidade quando há adequação a uma certa moral sexual definida por condutas e atributos específicos de cada sexo. No julgamento, defesa e acusação escolhem fatos da vida de cada um dos protagonistas de maneira a enquadrá-los em estereótipos opostos: vítima/pretenso vítima e estuprador/acusado incapaz de cometer um estupro. Não é a coação física um atentado a um direito básico do cidadão que está sendo julgado, e sim, o ajustamento da mulher e das famílias a determinada moral e concepção de bons costumes.¹²²

Também as autoras, ao analisar um caso modelo, onde a vítima é uma menor de 14 anos que foi reiteradamente estuprada por seu pai que a ameaçava com espingarda faca ou terçado e acabou engravidando do agressor (pai), sendo que este era severo e a proibia de conversar com amigas ou parentes, apontam para a mesma questão já exposta na fundamentação da sentença, a do enquadramento da vítima na moldura de honestidade que justifica a condenação, fazendo a seguinte análise:

É interessante verificar o contexto (desnecessário) em que o juiz configura o comportamento da vítima. Ainda que para “justificar”, seus argumentos na linha de condenação do acusado. Isso nos revela que, até mesmo para condenar um agressor pela violação de estupro, os operadores do direito por vezes lançam mão – é provável que inconscientemente – de expedientes que acabam por reforçar estereótipos das vítimas de estupro, qual seja, o de meninas boas, santas, recatadas.¹²³

E prosseguem:

E essa exigência de boa menina, comportada e recatada, obediente e “silenciosa” parece ser expediente lançado freqüentemente por parte do agressor, seja para garantir a clandestinidade de sua relação sexual incestuosa, seja para garantir/controlar que essa relação seja praticada somente com ele e com mais nenhum outro homem. Quando essa relação sai da clandestinidade e ameaça o agressor, a menina boa e recatada, muitas vezes, passa a ser configurada como rebelde, desobediente e sedutora [...] o dano causado por esta conduta masculina às vítimas de abuso sexual incestuoso é imenso, na medida em que a destruição de sua identificação com o bem, e com o bom, freqüentemente destrói também, e muito profundamente, sua auto-estima.¹²⁴

¹²² PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe 1998, p. 148.

¹²³ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 96.

¹²⁴ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 96.

As exigências para a configuração do crime vão desde a necessidade de haver violência real (lesão corporal), grave ameaça, dissenso indubitado da vítima quanto a prática do ato (até o limite de suas forças), até as relativas à moral sexual e honestidade da vítima, e para isso os operadores do direito utilizam-se dos conceitos fomentados pela dogmática e hermenêutica jurídica, embebidos em suas próprias convicções e ideologias, agindo como se não dissesse respeito a eles e sim que naquele momento é o Estado que aplica a norma, respaldando suas fundamentações no “espírito” da lei. Conforme assinala Streck,:

Inseridos no senso comum teórico, os juristas acreditam que o sentido está na lei, como uma imanência. Ora, entre nós e o mundo, entre a lei a sua aplicação. Existe a dogmática e a hermenêutica jurídica, que vão nos dizer, o que é que a “lei quis” ou “não quis dizer”, mediante argumentos absolutamente ficcionais como “vontade do legislador”, “espírito da lei”, “espírito do legislador”, “vontade da norma”, etc. [...] Quem decide é sempre o “outro” não é o juiz.¹²⁵

É por esta razão que quando a norma diz “constranger mulher”, em cima destes dois termos se levantam inúmeras teses dogmáticas, apontando que: este constranger deve ser um constrangimento “inequívoco”, (até o limite das forças da vítima, que de jeans é impossível ser estuprada, que a mulher com breves movimentos laterais impede a penetração, que quem cala certamente consente, dizer “não” pode ser dizer “sim”), e que o termo mulher não se refere a qualquer “mulher” mas sim àquela que preencher os requisitos de moralidade e honestidade tão difundidos no meio jurídico assumindo, inclusive, requisito instituído normativamente e que perduraram até a poucos meses para alguns tipos penais. E que a palavra da vítima deve ser corroborada com as demais provas, e as “demais” provas são exatamente a conduta dessa vítima, pois nem o laudo médico é capaz de suprir a necessidade de a vítima ter uma moral ilibada.

Quanto aos casos de presunção de violência, a hermenêutica jurídica, utilizando-se dos critérios de interpretação históricos e teleológicos, diz que a lei está ultrapassada e que a palavra da vítima, tão relativa e suspeita quando vítima, se torna decisiva quando uma “moça” de 10 ou 12¹²⁶ anos diz ter consentido no ato sexual, e que os valores atuais são muito

¹²⁵ BARATA, Alessandro. STRECK, Lênio Luiz. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, pág. 95/96

¹²⁶ Ministro Marco Aurélio, (H.C. 73.662-9) “nos nossos dias não há meninas, mais sim moças de 12 anos”.

diferentes daquele que o legislador quis proteger, ainda que a lei recentemente tenha tornado o estupro presumido crime hediondo.

O juiz, portanto, não se exime da responsabilidade de decidir com base em sua própria consciência, pois, muito embora, alguns juízes se digam neutros eles aplicam a lei com base em interpretações que representem suas próprias convicções, sendo atores processuais que interagem com os demais, utilizando-se destes recursos para deslocar sua própria responsabilidade social de dizer o Direito àquele que tem o direito. Neste sentido esclarece o jurista José Guilherme de Souza quando se refere à influência que assumem os valores pessoais do juiz na prolação da sentença:

Admite-se é óbvio, que o juiz é humano, e por isso sabe-se que ele possui preconceitos, embora se espere que ele saiba dominá-los [...] Dominar preconceitos todavia não é tarefa fácil [...] Assim seja qual for o ângulo sobre o qual se situe o observador, sempre será possível afirmar que o juiz não é um emissor neutro, em nenhuma circunstância; inútil pensar que ele o seja, enganando-se redondamente quem adotar tal modo de pensar [...] A sentença judicial, destarte seja qual for a sua natureza ou o seu objeto, reflete [...] o substrato cultural de seu emissor. [...] O que se costuma designar como idéias, valores, preconceitos, humores, tendências ou preferências pode muito bem ser tomado sob a concepção ampla de substrato cultural.¹²⁷

Por esta razão podem ser encontradas decisões que divergem umas das outras e entre si, fazendo com que cada uma delas revele uma faceta da realidade social, o que quer significar que para a realidade do Brasil, um país repleto de desigualdades sociais, inseridas nessas, as desigualdades de gênero, sedimentadas sobre valores capitalistas, classistas e patriarcais, certamente em um país onde cada um tem seu “lugar” as mulheres que se apresentam vítimas bem conceituadas com relação à sua classe econômica e social corroborada com sua conduta moral, receberão da justiça o status de vítima ideal, já a mulher também vítima da mesma ofensa que não se amolde aos padrões sociais e culturais de moral sexual impostos pelo patriarcado sofrerá a vitimização processual pois, segundo Andrade:

O sistema penal não julga igualmente as pessoas, ele seleciona diferentemente autores e vítimas, de acordo com a sua reputação pessoal. No caso das mulheres, de acordo com sua reputação sexual, estabelecendo uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas “honestas” (do ponto de vista da moral sexual dominante),

¹²⁷ SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**. Uma abordagem Interdisciplinar. Safes: Porto Alegre, 1998, p. 132.

que podem ser consideradas pelo sistema, e as mulheres “desonestas” (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona, à medida que não se adaptam aos padrões de moralidade sexual impostas pelo patriarcalismo à mulher. [...] O sistema penal expressa e reproduz, do ponto de vista da moral sexual, a grande linha divisória discriminatória das mulheres tidas como honestas e desonestas, e que seriam inclusive capazes de falsear um crime horripilante como estupro para reivindicar direitos que não lhes cabem.¹²⁸

No curso do processo a vítima pode ser ultrajada de forma tão violenta a ponto de superar a dor da violência (estupro), sendo comuns os discursos que colocam a vítima em posição de co-autora do crime cometido contra ela mesma, o que evidencia uma complacência velada aos valores masculinos difundidos em nosso meio em virtude das questões de gênero nas quais o próprio direito ou a justiça são tidos como masculinos, como escreve Barata:

Quando um homem e uma mulher se vêm frente ao direito, não é o direito que não consegue aplicar ao sujeito feminino os critérios objetivos, mas, ao contrário, aplica exatamente tais critérios, e, estes, são masculinos. Portanto, insistir na igualdade, na neutralidade e na objetividade é, ironicamente, o mesmo que insistir em ser julgado através de valores masculinos.¹²⁹

Quando, porém, ocorre o delito praticado por pessoa alheia à convivência da vítima, em regra há o emprego da violência real, por meio da agressão física e da grave ameaça. Nestes casos a mulher, igualmente aos demais, passa por toda a carga de sofrimento imposto no momento da violência, bem como os reflexos posteriores em sua vida, porém, as chances de humilhação e sentimento de culpa são menores, pois a vítima tem maior facilidade em compreender sua condição, e aumentam as chances de punibilidade do infrator uma vez que a situação se apresenta isenta dos complicadores inerentes aos casos específicos das relações de gênero.

Porém, não é tão simples assim, o agressor, como já exposto, terá que preencher os requisitos de “estuprador”, enfrentando a vítima, uma gama de dificuldades que a levam na maioria das vezes a não delatar o ofensor por falta de confiança na justiça ou até mesmo por

¹²⁸ BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 114.

¹²⁹ BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 30.

medo de se expor aos olhares preconceituosos de uma sociedade acostumada a olhar com suspeição para a mulher vítima de crimes sexuais, seguindo as tendências de alguns doutrinadores, jurisprudências e do senso comum que entendem que o comportamento da vítima será decisivo para a motivação do crime.

Mas é certo, porém, que em se tratando de bandidos contumazes e vítima de boa conduta, a resposta do judiciário virá em forma de condenação que representa a exceção no sistema de justiça criminal, sendo possível, portanto, analisar como se comportam os juristas com relação a esta adequação do criminoso ao verificar um dos casos relatados na pesquisa de Pimentel onde os agressores são também ladrões e praticaram o estupro em concurso com roubo, tendo ainda antecedentes criminais e praticado o mesmo crime por mais de uma vez. A condenação é evidente, uma vez que a vítima, muito embora tenha declarado ter experiência sexual, pertence a uma camada mais abastada da sociedade, e os criminosos se “amoldam” aos estereótipos de bandidos.

As autoras salientam a diferença na dinâmica de processos em que o estupro é praticado por marginais contumazes e em concurso com outros crimes de natureza patrimonial daqueles praticados por homens tidos como de “bem” contra crianças, adolescentes e mulheres deles conhecidas ou parentes. Referindo-se a esses últimos argumentam: “Neste caso não se apresentam as ambigüidades e contradições que permeiam os processos exclusivamente por estupro, nos quais manifesta-se a violência de gênero de um autor, em um quadro de violência de gênero institucional.”¹³⁰ E ainda prosseguem na análise do caso:

O que ocorre, aqui, é um conjunto de delitos de várias outras naturezas – que ofendem a vida, a propriedade – e que se conjugam com aquele que ofende especificamente a vítima mulher. Assim sendo, neste tipo de processo não há, em função da prevalência dada – mais consciente ou inconscientemente – aos bens jurídicos vida e propriedade, praticamente nenhuma ambivalência por parte do Estado e da sociedade. O estupro, por esta razão é tratado, neste caso, mais objetivamente, no sentido de menos preconceituosa e estereotipadamente.[...] Criminosos como os réus deste processo são mais facilmente reconhecidos como “outros”, como integrantes de uma subcultura da violência e da marginalidade.¹³¹

¹³⁰ PIMENTEL, Silvia. SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica de gênero.** Porto Alegre: Safe 1998, pág. 137

¹³¹ PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. *op. cit.*, p. 137-138.

Quando o agressor é um “homem de família” a sociedade se identifica com ele, transcendendo para o poder judiciário o substrato cultural que vai condicionar o julgamento, ao contrário, quando o agressor é também “criminoso”, será então encarado como o “outro” – a que a autora citada se refere – diferente de mim pessoa sociável participante da moral sexual e que, eventualmente poderia “perder a cabeça” e cometer um deslize.

Tornando-se, assim, neste sistema androcêntrico de justiça, menos criminoso o estupro da esposa, ex-esposa, enteada, filha, conhecida ou amiga etc. Situação que demonstra que o Estado se preocupa mais com a instituição familiar do que com a integridade física e psíquica de seus membros. Assim, o judiciário ainda trabalha com a idéia de patologia ligada aos crimes sexuais, o que não condiz com a realidade atual. Conforme se depreende do texto exposto por Andrade:

Quanto a etiologia do estupro, argumenta-se que não se trata de conduta voltada, prioritariamente, para a satisfação sexual (lascívia desenfreada), como preconiza o discurso criminológico e jurídico penal oficial e o senso comum. A pesquisa de Kolodny, Masters e Johnson conclui neste sentido que “a maioria dos estupros ocorrem dentro de um contexto de violência física em vez de paixão sexual ou como meio para a satisfação sexual”. Pois prosseguem “constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questão de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviço de necessidades não sexuais.¹³²

Os operadores do direito se mantêm resistentes em aceitar que o estuprador, geralmente, não é um degenerado com ímpeto criminoso no sentido sexual, pois o número de casos em que o criminoso apresenta estas características é ínfimo com relação àqueles que ocorrem em um contexto de violência intrafamiliar e doméstica (de gênero), nos quais, mais que a satisfação sexual, o agressor deseja subjugar a vítima ou “situá-la” dentro do controle social que exerce sobre a mesma.

Pode-se ponderar, então, que a ineficácia do sistema de justiça penal, juntamente com a sub-notificação da violência sexual de gênero, contribui para a manutenção da impunidade,

¹³² ANDRADE, Vera Regina. **Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina?** Disponível no domínio: [http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia sexual e sistema penal proteção ou vitimação feminina. htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia%20sexual%20e%20sistema%20penal%20proteção%20ou%20vitimação%20feminina.htm). Acesso em 25/072007 às 10:53.

o que enfraquece as mulheres diante desse simbolismo de superioridade masculina frente ao direito penal, que torna ineficaz a criminalização de determinadas condutas, uma vez que, segundo Andrade “[...] o sistema expressa e reproduz dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações capitalistas (que é a desigualdade de classe) e a violência das relações patriarcais (traduzidas nas desigualdades de gênero)”.¹³³

Por outro lado, faz-se necessário buscar alternativas no ímpeto de alcançar da justiça, via direito penal e processual penal, uma resposta satisfatória em favor da mulher vítima da violência de gênero, assim como assinalam Barata, Andrade e Streck: “[...] de um lado pregamos um direito penal mínimo, a caminho de uma série de descriminalização; de outro, sabemos que deve haver punição para quem bate, estupra, assedia sexualmente etc.”¹³⁴

Recentemente houve a oportunidade de vislumbrar as alterações do Código Penal (Lei 11.106/05), suprimindo artigos e termos discriminatórios como “mulher honesta”; de outra parte, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), fazendo cumprir as exigências dos instrumentos internacionais de direitos humanos como a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, e Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção dos Direitos da Mulher), neste último caso é o Estado via direito penal e processual penal oferecendo à mulher um instrumento inusitado de proteção e redefinição da violência por uma perspectiva de gênero.

Como a Lei 11.340/06 é mais uma ação afirmativa do Estado, também conhecida como discriminação positiva, que objetiva garantir igualdade pelo tratamento desigual, esta lei trouxe alterações ao Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, aumentando o rigor na penalização das condutas violentas contra a mulher no âmbito doméstico-familiar – local, por excelência, da violência de gênero.

Assim, diante do exposto, pode-se, na linha de raciocínio de Andrade, ponderar que incriminar ou majorar condutas masculinas não representa efetivamente proteção aos direitos das mulheres, mas pode-se, de outro modo, por uma visão otimista, esperar como os movimentos feministas europeus dos anos 80, que represente a chamada “função simbólica”

¹³³ BARATA, Alessandro. STRECK, Lênio Luiz. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. in CAMPUS, Carmem Hein (org) de Campos. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, pág. 113.

¹³⁴ BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 92.

do direito penal, na qual, segundo Andrade “[...] o que se busca com a criminalização dessas condutas é, em primeiro lugar, a discussão e conscientização públicas acerca do caráter nocivo delas e, a seguir, a mudança de percepção pública a respeito.”¹³⁵ O que seria ideal.

Streck afirma:

[...] por um lado, vejo esta questão do direito penal mínimo e, por outro lado, pergunto o que é que o Estado pode fazer via processo penal, em favor da mulher que sofre a violência cotidiana, justamente em uma sociedade tão díspar, tão injusta e complexa como a nossa. [...] Trabalho assim com a perspectiva de que é possível usar o Direito para realização dos direitos das pessoas. Afinal, diz a constituição que os objetivos da república são ente outros, construir um país justo, em que as pessoas tenham dignidade, no qual a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades são prioridades (art.3º).¹³⁶

Encerra-se o presente capítulo com estas palavras referindo-se à necessidade de o sistema de justiça penal ser inserido definitivamente entre os institutos que devem garantir a efetivação dos direitos humanos fundamentais das mulheres.

¹³⁵ ANDRADE, Vera Regina. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Disponível no domínio: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia_sexual_e_sistema_penal_protecao_ou_vitimacao_feminina.htm>. Acesso em 25-07-2007 às 10h53min.

¹³⁶ BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Salina, 1999, p. 102-103.

CONCLUSÃO

A partir do estudo bibliográfico proposto no presente trabalho pôde-se constatar que a violência sexual de gênero teve suas origens concomitantemente com os demais antagonismos que se formaram no seio da sociedade humana entre homens e mulheres e que remonta à pré-história. A origem da opressão feminina pode realmente, como queria Engels, coincidir com o nascimento da propriedade privada, com o advento da monogamia, ou ainda, com a divisão social do trabalho e sua especialização conforme teorias antropológicas. Certo, porém, é que tem origem cultural e não biológica.

Verificou-se que o predomínio masculino tem se mantido por milênios de forma quase inalterada, uma vez que só recentemente (séculos XIX em diante) é que efetivamente a mulher passou a pleitear direitos, na esfera pública, e que suas conquistas têm sido graduais e muito lentas, sendo necessário que instrumentos internos e internacionais disponham especificamente sobre seus direitos a fim de garantir aquilo que os seres humanos, por sua condição natural, deveriam ter assegurados como: igualdade e respeito.

O patriarcado, surgido como fonte de poder de um homem sobre sua (ou suas) mulher e filhos, regulou as demais formas de escravidão assegurando o controle informal das mulheres debaixo de leis rígidas na esfera privada, garantindo seu silêncio e subjugo, e este subjugo pode ser verificado em Engels que se deu especificamente sobre o sexo, pois dependia desse controle não a existência humana, mas a perpetuação de uma determinada linhagem, que deveria ser paterna, sendo que o controle sobre a procriação implicava o controle sobre a sexualidade feminina, ainda que pelo uso da força.

Observou-se, no decorrer da pesquisa, que foi a partir da revolução francesa que as mulheres, inspiradas no ideais revolucionários que ainda não as alcançara, passaram a lutar pela igualdade que fora prometida ao homem (ser humano) e por reconhecimento e visibilidade, passando a exigir do Estado uma postura menos omissa quanto às questões privadas regradas pelo predomínio patriarcal, que favorecia abusos e desrespeito contra as mulheres em nome da honra masculina.

As lutas femininas se tornaram visíveis, assim como a violência e o desrespeito usual no trato com as mulheres e sua particular condição de opressão pelo homem, tornando evidente, também, que na esfera privada, assim como na pública, a mulher era comumente agredida sexualmente por homens de seu próprio convívio, sendo que o homem utilizava-se deste artifício para assegurar a manutenção de seu poder sobre as mulheres, especialmente suas conhecidas.

Restou comprovado que o estupro, muito embora, em qualquer situação possa ser considerado como violência de gênero, é no âmbito doméstico, familiar que representa o termo com mais veemência, por tratar-se de violência que visa, mais que a satisfação sexual, a imposição de força e poder, e se realiza exatamente por causa desse poder que o homem julga ter sobre as mulheres, especialmente aquelas que habitam em seu reduto privado familiar.

Quanto ao estupro o Código Penal de 1940 não trouxe incluso em seu texto o termo “mulher honesta”, caracterizando a vítima. Porém, a hermenêutica jurídica processual cuidou de estabelecer quem seriam as vítimas desse delito, com base em requisitos de cunho subjetivo dos envolvidos, prevalecendo sempre os requisitos masculinos, havendo nestes casos dois julgamentos: primeiro o da vítima que, em preenchendo os requisitos de moralidade e honestidade veria, então, em segundo lugar, seu agressor julgado.

Com relação ao estupro conjugal, este esteve à margem da justiça por longos séculos como prática bem tolerada pelo Estado que, além de instituí-lo no direito civil, o tolerava no direito penal como forma de exercício regular de direito no qual era lícito o uso da violência necessária para sua obtenção, contribuindo para a manutenção dos abusos dentro das famílias. Este pensamento vem mudando, podendo, o estupro conjugal, ser considerado uma realidade teoricamente possível. Porém, a dificuldade probatória e a falta de confiança da mulher na justiça impedem a visibilidade destas condutas criminosas.

O patriarca detinha a posse das fêmeas da família, como diz Saffiot, e delas só abriria mão para outro macho, por esta razão o incesto também era invisível aos olhos do Estado e seguramente bem conhecido pela sociedade que varria para debaixo do tapete, aquela marca abominável na moral social que tinha como guardião o homem. A quem recorrer então? Engels, já em 1.800, dizia que o heterismo (prostituição) servia ao homem, mais dele nada era cobrado, cobrava-se moralmente apenas da mulher. E isto persiste na nossa sociedade até os dias atuais, quando se culpa a promiscuidade da mulher como responsável pela decadência moral da sociedade. Do homem, que se serve disso, nada é cobrado, esperando-se mais de uma adolescente menor de catorze anos que de um homem adulto e experiente da vida, como se comprova na pesquisa realizada nesse trabalho quanto à presunção legal, efetivamente relativizada.

A respeito da violência sexual do estupro, a impunidade é a regra, sendo a condenação somente nos casos extremados, em que concorrem para tal condenação uma gama de situações alheias ao fato, como estar o acusado inserido dentre os etiquetados do sistema penal e a vítima dentro do estereótipo de vítima ideal, pois, o sistema penal é seletivo, escolhendo como possíveis clientes indivíduos pertencentes às camadas menos favorecidas da sociedade, ao mesmo tempo em que as vítimas, sendo desse mesmo núcleo, correm um grande risco de se verem excluídas dos benefícios legais.

O sistema penal expressa e reproduz estereótipos de vítima e infrator, duplicando a vitimação, realizando o julgamento moral da vítima de estupro que verá sua vida exposta dentro do processo, não tendo que produzir provas somente em relação ao crime, mas também provar que merece o “favor legal” de ver o fato apreciado pelo guardião da justiça, o Estado Juiz. Porém, isso não é tudo, o agressor deve preencher os requisitos de estuprador, pois homens de bem, ainda que eventualmente possam ser condenados por estupro, não são clientes preferenciais do sistema penal, uma vez que o sistema de controle exercido pelo Estado sobre a mulher, que é apenas a extensão dos demais sistemas patriarcais de controle: família, escola, religião, não aceita que o estuprador não seja um degenerado sexual com patologias ligadas ao sexo, e por este motivo tende a desviar a responsabilidade pelo fato criminoso para a mulher, rotulando-a como leviana, imoral, provocadora, dissimulada, ou seja, a eterna Eva que tenta o homem ao pecado.

Mesmo diante da certeza de que o sistema de justiça penal não é capaz de oferecer o ideal de prevenir/proteger/punir a violência contra a mulher, conclui-se de modo otimista, salientando que o sistema de justiça penal deve servir aos propósitos de igualdade e justiça, insertos na Constituição Federal, como mais um instituto legal a serviço da defesa dos interesses da mulher, conforme preceituam os instrumentos legais internacionais que buscam estimular os Estados a fomentar políticas de proteção da mulher em todo o mundo, visto que a violência contra a mulher é fenômeno que desconhece fronteiras de raça, cor, etnia ou classe social, atingindo uma gama de direitos humanos fundamentais, que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Artigo apresentado no 9º Seminário Internacional IBCCrim. Disponível no domínio <http://www.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2006/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf>. Acesso em 22-07-2007 às 12h30min.

_____ **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?** Disponível no domínio: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Violencia_sexual_e_sistema_penal_protecao_ou_vitimacao_feminina.htm>. Acesso em 25-07-2007 às 10h53min.

BARATA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Salina, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº45 de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte especial. V 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPITELLI, Marici. **Em SP, uma vítima de estupro a cada 4 horas.** Publicado em O Estado de S.Paulo, 15-05-07. Disponível do domínio <<http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao-home-noticias.shtml>>. 20/07/07 às 22h20min.

CASTILLO, Márcia Martin; OLIVEIRA Suely. **Marcadas a ferro, violência contra a mulher uma visão multidisciplinar.** Secretaria especial de política para as mulheres. Brasília: Governo Federal, 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, Sem ano de publicação.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Freitas. **Violência Doméstica, Análise da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. Salvador: Podivm, 2007.

CONFERÊNCIA de Direitos Humanos – Viena – 1993. Disponível no domínio <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em 10-07-2007 às 09h54min.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Renato; DELMANTO, Celso Junior e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DECLARAÇÃO de Pequim adotada pela quarta conferência mundial sobre as mulheres: ação para igualdade, desenvolvimento e paz 1995. Disponível no domínio: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pequim95.htm>>. Acesso em 10-07-2007 às 11h59min.

DECLARAÇÃO de Beijing, 1995 - IV Conferência Mundial sobre as Mulheres. Disponível no domínio: <http://200.130.7.5/spmu/legislacao/legislacao_convencao_internacional.htm>. Acesso em 10-07-2007 às 10h50min.

ENGELS, Frederich A **Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**. São Paulo: Centauro, 2002.

FALEIROS, Eva. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes: Os (des)caminhos da denúncia**. Brasília: Secretaria especial dos direitos humanos, 2003.

GIFFIN, Karen. **Violência de gênero, sexualidade e saúde**. Disponível no domínio: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1994000500010&script=sci_arttext>. Acesso em 10-07-07 às 10h41min.

GOMES, Luiz Flávio. **A Vitimologia e o modelo consensual de justiça criminal**. RT 745/423.

HISTÓRIA da vitimologia. Disponível no Domínio: <http://www.direitonet.com.br/textos/x13_97_1397_DN_Vitimologia.doc>. Acesso em 19-07-07 às 11h24min.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1959.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal**. Parte especial. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ **Código penal anotado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4 ed. São Paulo: RT, 2003.

PERFIL das vítimas e agressores das ocorrências registradas pelas polícias civis (Janeiro de 2004 a Dezembro de 2005). Disponível no domínio: <<http://www.mj.gov.br/senasp/estatisticas/perfil%20das%20v%C3%ADtimas%20e%20agressores.pdf>>.

PEQUENO, Sandra Maria do Nascimento. **Do casamento do ofensor com a vítima como causa de extinção de punibilidade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor**. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON. Edição Especial. Porto Velho: 2000.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Safe, 1998.

ROIDIS, Alessandra da Rocha Lima. **Vitimologia**. Disponível no domínio: <<http://www.emerj.rj.gov.br/biblioteca/resenhas/2000/alessandrar.htm>>. Acesso em 10-07-07 às 11h31min.

SARAIVA, João Batista Costa. **Medidas socioeducativas e o adolescente infrator**. Disponível no domínio: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id168.htm>>. Acesso em 22-07-07 às 13h45min.

SOUZA, Cecília de Melo e ADESSE, Leila. **Violência sexual no Brasil, perspectivas e desafios**. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Brasília: Ipas, 2005.

SOUZA, José Guilherme. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais**. Uma abordagem interdisciplinar. Safes: Porto Alegre, 1998.

TESCARI, Adriana Sader. **Violência sexual em situação de conflito armado**. Porto Alegre: Safe, 2006.

VIOLÊNCIA sexual: medidas, intervenções e estatísticas. Disponível no domínio: <<http://www.ipas.org.br/violenciaantes.html>>. Acesso em 08-07-07 às 11h00min.