

HONESTIDADE, VÍTIMAS E DOCTRINAS PENAIS: LINHAS DIVISÓRIAS QUE ULTRAPASSAM OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

HONESTY, VICTIMS, AND CRIMINAL DOCTRINES: DIVIDING LINES ACROSS THE CRIMES AGAINST CUSTOMS

IRICHERLLY DAYANE DA COSTA BARBOSA

Mestra em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) em 2021. Pesquisadora do Grupo Asa Branca Criminologia. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4215687941200430>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1131-8423>]. iricherlly@gmail.com

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em 2008. Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professora da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisadora do Grupo Asa Branca Criminologia. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6805740308488856>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-5540-389X>]. DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13>]. marilia.montenegro@unicap.br marilia.pmello@ufpe.br

Autoras convidadas

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a forma como as mulheres foram representadas nas doutrinas penais no âmbito dos até então denominados crimes contra os costumes na segunda metade do século XX. Valendo-se das lentes teóricas da criminologia feminista e da criminologia crítica, verificou-se até que ponto os pilares patriarcais constitutivos da sociedade brasileira e do sistema punitivo estavam evidenciados na produção do pensamento jurídico-penal,

ABSTRACT: This paper aims to analyse the ways women were portrayed in criminal legal doctrine, during the second half of the 20th century, when debated the so-called crimes against customs. Working through the theoretical lenses of black feminism, feminist criminology and critical criminology, it was possible to assess the influence of structural patriarchy and structural racism in the formation of criminal legal thinking, and their reflection upon the Criminal Justice System. The

ganhando forma concreta na atuação do sistema de justiça criminal. Analisou-se o que o texto expressamente disposto nas doutrinas penais, fonte histórica central da pesquisa, trazia enquanto representação. Notou-se nesse momento que os doutrinadores, alicerçados no machismo em torno das discussões relativas à honra sexual das mulheres e de suas famílias, construíram ao longo de suas narrativas uma linha divisória entre dois tipos de mulheres: mulheres honestas e mulheres desonestas, sendo apenas as primeiras merecedoras da tutela penal.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres honestas – Mulheres desonestas – Honra sexual e familiar – Crimes contra os costumes – Doutrinas penais.

criminal law manuals, main historical sources for this research, were analysed to comprehend the female portrayal brought up in those texts. It became noticeable that those authors, ingrained in their chauvinistic views around sexual honour of women and their families, put forward in their body of work a distinction between two types of women: honest and dishonest ones, the former being the only deserving of legal protection.

KEYWORDS: Honest women – Dishonest women – Sexual and family honour – Crimes against customs – Criminal doctrines.

SUMÁRIO: 1. A doutrina e a representação das mulheres vítimas de crimes sexuais: introdução e percurso metodológico. 2. A honestidade feminina no âmbito penal. 3. A doutrina penal e as mulheres vítimas. 3.1. Pudor e a moral pública. 3.2. Todas as mulheres? Fazendo as distinções que o legislador não fez. 3.3. A moral média em questão. 3.4. A mulher honesta expressamente tutelada pelo legislador e delimitada pela doutrina. 3.5. A proteção dos interesses da organização ético-social da família. 3.6. A vítima na reforma de 1984. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. A DOUTRINA E A REPRESENTAÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS: INTRODUÇÃO E PERCURSO METODOLÓGICO

O¹ artigo tem a intenção de analisar a forma como as mulheres foram representadas nas doutrinas penais, que tiveram visibilidade nos principais centros acadêmicos do país, no âmbito dos até então denominados crimes contra os costumes na segunda metade do século XX.

Entender a construção das imagens das mulheres ao longo do texto e refletir sobre a forma como elas são apresentadas nos Cursos de Direito e, consequentemente, como se dá a formação dos juristas brasileiros, seja pela bibliografia

1. Esse artigo faz parte de uma pesquisa maior, desenvolvida pelas duas autoras, que culminou na dissertação de mestrado da primeira autora (BARBOSA, 2021) com orientação da segunda autora, que iniciou os estudos da mulher honesta na dogmática penal brasileiro durante a sua tese de doutorado (MELLO, 2008).

BARBOSA, Iricherly Dayane da Costa; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Honestidade, vítimas e doutrinas penais: linhas divisórias que ultrapassam os crimes contra os costumes.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 189. ano 30. p. 127-168. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13].

indicada nas disciplinas de direito penal e/ou pelas representações expostas pelos docentes.²

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

Partimos da tentativa de evidenciar não apenas o que as linhas das doutrinas penais dizem sobre as mulheres, mas também com o que se preocupa em desvelar dessas representações nas suas entrelinhas.

Para desenvolvermos a presente pesquisa, realizamos um levantamento das doutrinas que eram referência nacional e que, conseqüentemente, traçavam um parâmetro interpretativo da legislação penal, o que, posteriormente, repercutiria na própria aplicação no Direito, uma vez que as doutrinas são a base do aprendizado dos juristas. Assim, precisávamos delimitar quais fontes seriam relevantes para tal análise.

O primeiro recorte que realizamos para analisarmos a representação das mulheres nos crimes contra os costumes foi a questão temporal. Pensamos inicialmente na segunda metade do século XX, porém, dado o grande volume de fontes a serem analisadas, delimitamos a análise para as três décadas finais do século XX (1970/1980/1990). Percebemos que os doutrinadores penais nesse período já produziam seus escritos com uma linha de pensamento bem definida e com as visões que consolidaram desde as primeiras reflexões sobre o que Código Penal de 1940 trazia em seu bojo, partindo da expectativa de que os escritos doutrinários do período selecionado romperiam a barreira de uma doutrina ainda atrelada ao pensamento construído ao longo do século XIX.

Para além dessa motivação, outros fatores foram relevantes para essa escolha.

A década de 1970 foi marcada na esfera penal pela repercussão social do caso do assassinato de Ângela Diniz pelo seu ex-namorado, Doca Street. Nesse processo a tese defensiva utilizada foi a de “legítima defesa da honra com excesso culposos”, juntamente com uma narrativa que transformava a vítima em culpada pela sua própria morte.

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

Esse caso foi um marco no fortalecimento de demandas dos movimentos feministas em torno das pautas penais e da discussão sobre o uso da honra como tese de defesa em casos de assassinatos de mulheres. E, muito por influência dessa mobilização social, nesse caso a acusação conseguiu a designação de um novo julgamento e em 1981 Doca Street recebeu nova condenação, sendo a tese de legítima defesa da honra desconsiderada (ELUF, 2007, p. 63-70).

Já na década de 1980 apresentamos dois marcos. Um deles é o fato de ser a última década da ditadura militar, período no qual o Brasil viveu um processo de redemocratização por meio de uma transição negociada. Nesse período os movimentos sociais passaram a se rearticular, ganhando mais força e no final da década, em 1988, ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a chamada Constituição Cidadã.

Nesse momento é importante destacar o movimento de mulheres no Brasil, que lançou a campanha “Constituinte para valer tem que ter direitos da Mulher”. Era o chamado *lobby* do batom,³ que, com 26 deputadas federais constituintes, obteve importantes e significativos avanços na Constituição Federal de 1988. Segundo Maria Amélia Teles: “A mobilização das mulheres foi marcante – tanto no período que antecedeu às eleições como durante os trabalhos constituintes – e facilitada pela criação de órgãos específicos para questão da mulher” (2003, p. 135). Dentro desses órgãos que cuidam especificamente de políticas públicas voltadas para as mulheres, existe um forte movimento de modificação da legislação penal (MELLO, 2015), mas não houve apenas essa movimentação, pois foi nesse período também que as trabalhadoras domésticas se fizeram presentes em diversas Comissões e Subcomissões da Assembleia Nacional Constituinte, que se relacionava com movimento sindical em geral e com o movimento negro e, em seguida, estreitou a relação com o movimento feminista, sobretudo a partir da atuação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte (RAMOS, 2018).

E na esfera penal a década de 1980 também é marcada pela grande reforma que o Código Penal passou desde 1940, alterando a Parte Geral do Código por meio da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

A década de 1990, por sua vez, se apresenta como um momento de observação dos possíveis rearranjos que a efervescência do final da década de 1980 poderia ter provocado tanto sobre a representação das mulheres quanto sobre seus direitos.

3. Sobre o *lobby* do batom, cf.: A Carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. (SILVA, 2011).

Por esses motivos escolhemos as décadas de 1970, 1980 e 1990 como recorte temporal, uma vez que, para analisarmos a construção do pensamento doutrinário, era necessário observar os pensamentos que se consolidaram depois da entrada em vigor do Código Penal de 1940.

Em seguida, definido o recorte espacial, precisávamos delimitar as instituições de ensino superior que tomaríamos como base para essa pesquisa. Optamos por trabalhar com aquelas que foram as duas primeiras Faculdades de Direito do Brasil: a Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP).

Fizemos a escolha pela fundação das duas instituições estar atrelada à criação de uma nova imagem de país, sendo os juristas formados nelas os responsáveis por conduzir esse processo de construção (SCHARWCZ, 1993, p. 141). Tais faculdades estavam dedicadas explicitamente à formação da elite política brasileira, educando e treinando jovens para substituir os antigos donos do poder, tendo sempre em vista a responsabilidade de preservar os interesses da estrutura social oligárquica e escravocrata (GARCIA, 2014, p. 26-27). Dessa forma, analisar o pensamento jurídico-penal que circulava nessas instituições poderia nos levar a entender as linhas interpretativas que guiaram os (não tão) novos rumos do Brasil.

Outra questão que norteou a escolha foi sua posição geográfica, questão essa que também foi determinante para a própria criação de tais instituições. Quando da sua criação, essas faculdades visaram atender às diferentes partes do país, sendo a população do Norte abarcada pela escola sediada em Olinda (que em 1854 foi transferida para Recife), enquanto a população do Sul teria na cidade de São Paulo o seu mais novo centro de estudos jurídicos. De modo que para fins de pesquisa também se optou por trabalhar buscando essa representação do Norte e do Sul do país, para ter uma noção geral do conhecimento formal que circulava dentro do Brasil.⁴

Ao longo de seu desenvolvimento, a Faculdade de Direito do Recife formou muitos doutrinadores e teve uma vasta produção de teorias (muitas delas com um enfoque no direito penal), enquanto da Faculdade de Direito de São Paulo partiu um forte grupo de políticos que posteriormente seria responsável pela construção das leis (SCHARWCZ, 1993, p. 184). Desse modo, essas instituições

4. Sobre o tema, cf. “A criminologia no ensino jurídico”, que analisou o ensino da criminologia nas Faculdades de Direito do Brasil e que traz destaque para as duas Faculdades aqui analisadas (GARCIA, 2014).

sempre foram referência na produção legislativa e de conhecimento no Brasil e, dessa forma, podem nos trazer uma visão geral do material que foi base da formação dos juristas naquele momento.

Na Faculdade de Direito do Recife, o mapeamento das doutrinas de referência foi feito a partir da análise dos registros de livros que entraram na biblioteca da faculdade nesse período. Nesse documento estão apontados todos os livros que entraram na biblioteca, seja por meio de compra ou de doação.

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

Com esse critério de seleção, chegamos aos seguintes doutrinadores:

- na década de 1970: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus;
- na década de 1980: Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus e Heleno Fragoso;
- na década de 1990: Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Heleno Fragoso e Julio Mirabete.

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

No entanto, nem todas essas doutrinas foram usadas com fonte na pesquisa. A obra de Aníbal Bruno foi cortada da lista de doutrinas a serem estudadas, pois essa obra não trata dos crimes contra os costumes.

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

Embora não apareça no Registro de Livros da biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, Nelson Hungria e sua obra são recorrentemente citados como referência nas doutrinas que foram encontradas no Registro, o que demonstra a relevância que seu pensamento tinha para os demais doutrinadores, o que, direta

ou indiretamente, influencia na construção do pensamento a respeito da temática naquela época.

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

Passando para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o mapeamento das doutrinas ficou comprometido pelo advento da pandemia de Covid-19. No dia 13 de março de 2020, o Conselho de Reitores das Universidades Estaduais Paulistas decidiu suspender as aulas, bem como as atividades presenciais na biblioteca, a partir do dia 17 de março de 2020.

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

No *site* da Faculdade foi possível ter acesso à ementa que estava vigente em 2009, apresentando-se como possibilidade a análise da bibliografia-base indicada, para verificar se havia certa correspondência entre as doutrinas de referência nas décadas de 1970, 1980 e 1990 na Faculdade de Direito do Recife e das doutrinas de referência do final da primeira década do século XXI na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Na análise da referida ementa, verificamos a correspondência entre quatro dos cinco doutrinadores selecionados a partir do levantamento de dados realizado no Recife, quais sejam: Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Heleno Fragoso e Julio Mirabete.

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

BARBOSA, Iricherlly Dayane da Costa; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Honestidade, vítimas e doutrinas penais: linhas divisórias que ultrapassam os crimes contra os costumes.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 189. ano 30. p. 127-168. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13>].

novo século suas ideias seguem sendo utilizadas enquanto linha interpretativa da legislação penal pátria.

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

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

Dessa forma, mais quatro obras foram incorporadas às fontes analisadas, sendo elas correspondentes ao volume I das obras dos doutrinadores inicialmente delimitados quando encontramos registros de publicações posteriores à entrada em vigor da Lei 7.209/84.

2. A HONESTIDADE FEMININA NO ÂMBITO PENAL

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

Nesta pesquisa, usamos uma lente historiográfica, partimos do pressuposto de que existe uma realidade preexistente ao texto (CASTRO, 2016, p. 92-93), e a análise desempenhada se baseia justamente na concepção dinâmica de linguagem, entendida como construção real de cada sociedade, elaborando e desenvolvendo representações, em todos os momentos históricos (CONSTANTINO, 2002, p. 186).

As doutrinas que analisamos se colocam como obras neutras e trabalham a partir de uma linguagem universalizante, o nosso esforço na leitura foi sempre ter em mente que as produções teóricas são indissociáveis das condições econômicas e sociais nas quais suas raízes estão fincadas. Isso significa dizer que qualquer análise do conteúdo presente nos discursos deve considerar que eles são produzidos por indivíduos vivos, que têm localizações sociais e interesses sociais concretos (ALVES, 2016, p. 78).

Tratando-se da esfera do Direito, a figura do jurista é tida como o “motor da universalização” (ALVES, 2016, p. 83). Trabalhando a partir de uma suposta unificação do espaço jurídico, os juristas, por meio dos seus manuais, tratados ou compêndios, vão atuar dotados de um discurso autorizado constituído pelas

crenças mais profundamente compartilhadas acerca do Estado, da sociedade, da propriedade, da moralidade etc., instituindo-as e codificando-as nos documentos legislativos que elaboram, interpretam e aplicam (ALVES, 2016, p. 90).

Dessa forma:

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

Assim sendo, destacamos a obra de cinco doutrinadores aqui delimitados, e não podemos deixar de pensar quem são essas pessoas quando apresentarmos a “moral média” e *homo medius*, uma vez que essa “média” será definida a partir da percepção de mundo desses doutrinadores, o lugar que eles ocupavam na construção do saber jurídico formal e na própria aplicação do Direito e como foram/são vistos por outros juristas.

Na análise da biografia desses autores,⁵ fica evidente é o fato de os cinco serem da região sudeste do país. Essa informação não quer dizer que homens e mulheres

5. No trabalho original foi realizada uma análise da biografia de cada autor, no entanto, nesta versão em artigo traremos apenas alguns dados sobre esses autores. *Nelson Hungria Hoffbauer* nasceu em 1891 e ao longo da sua vida pública foi: advogado, promotor público, delegado de polícia, magistrado, desembargador, corregedor, ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Exerceu a docência, escreveu inúmeras obras sobre direito penal e teve também relevância na produção legislativa pátria: integrou a Comissão Redatora do Código Penal brasileiro e a comissão revisora dos projetos do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais; redigiu a Lei de Economia Popular e elaborou o anteprojeto do Código Penal brasileiro que entrou em vigor em 1972 (LAGO, 2001; LEMOS, 2021). *Heleno Cláudio Fragoso* nasceu em 1926, teve grande relevância no exercício da advocacia, ocupou diversos cargos na OAB, exerceu a docência, escreveu 14 livros sobre direito penal e foi editor da Revista de Ciências Penais (FRAGOSO ADVOGADOS, 2021). *Júlio Fabrinmi Mirabete* foi investigador de polícia, promotor público e exerceu a docência tanto em universidades quanto em cursos preparatórios para o ingresso na carreira jurídica (FLEURY, 2021). *Edgard Magalhães Noronha* nasceu em 1906, foi promotor público, procurador de justiça, diretor-geral do Departamento de Presídios do Estado de São Paulo e exerceu a docência (NORONHA, 1995). *Damásio Evangelista de Jesus* nasceu em 1935, foi promotor público e

BARBOSA, Iricherlly Dayane da Costa; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Honestidade, vítimas e doutrinas penais: linhas divisórias que ultrapassam os crimes contra os costumes.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 189. ano 30. p. 127-168. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13].

de outras regiões não estavam produzindo conhecimento jurídico a respeito da temática, mas aponta que eles não estavam sendo usados enquanto referência, trazendo assim o indicativo de que o lugar ocupado pelas suas produções teóricas nessa discussão é não hegemônico, não tendo a mesma repercussão na operacionalização do Direito que têm as obras que aqui serão analisadas. Bem como traz o indicativo de que será possível se deparar com reafirmações das perspectivas patriarcais, raciais e regionais que constituem pilares da nossa sociedade.

Por fim, destacamos que ainda em uma análise breve da biografia dos cinco doutrinadores aqui destacados, percebemos que eles integraram as mais diversas peças que compõem a engrenagem do sistema punitivo. Em suas atuações houve a elaboração do Código Penal; a produção das doutrinas que interpretam esse Código; o exercício da docência, que, conseqüentemente, levará a uma corroboração das interpretações presentes nas doutrinas por eles elaboradas; e a operacionalização do Direito nos casos concretos a partir de diversos polos de atuação.

Dessa forma, o impacto da construção teórica que passaremos a expor durante esse artigo não se restringe às doutrinas, uma vez que ela foi produzida por aqueles que também aplicam a lei, se valendo das bases interpretativas que serão aqui evidenciadas.

3. A DOUTRINA PENAL E AS MULHERES VÍTIMAS

Selecionamos passagens das obras que retratam as mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX, sendo possível perceber que a construção do pensamento jurídico-penal traçou categorizações de mulheres.

Destacamos que ao longo da análise das doutrinas foi possível perceber que são as obras de Nélson Hungria (1947)⁶ e de Edgard Magalhães Noronha (1995)⁷

aposentou-se como procurador de justiça. No meio educacional foi fundador, presidente e professor do Complexo Damásio Educacional, que é o mais antigo curso preparatório para concursos de carreiras jurídicas do país, além de exercer a docência em outras instituições e publicar mais de 20 livros (DAMÁSIO EDUCACIONAL, 2021).

6. Vale lembrar que a obra completa é de autoria de Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, no entanto, a análise dos crimes contra os costumes (objeto de estudo desse trabalho) é realizada exclusivamente por Nélson Hungria.
7. É importante destacar que embora a edição analisada neste trabalho seja a publicada em 1995, a primeira edição da obra foi publicada em 1959. É fundamental pontuar também que com o falecimento de Magalhães Noronha em 1982, sua obra passou a ser atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. Contudo, a editora fez questão de

que travaram um maior debate a respeito das discussões que envolvem o tema dos crimes contra os costumes e, até mesmo por isso, sendo muitas vezes usadas como referências nas outras três doutrinas aqui analisadas.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que mesmo existindo um lapso temporal que separa a obra de Nélson Hungria, 1947, e a primeira edição da obra de Magalhães Noronha, 1959,⁸ das demais edições aqui analisadas, é possível perceber que as definições e interpretações dadas ao texto legal seguem linhas interpretativas muito próximas. Seja valendo-se da literalidade das definições de Hungria e Noronha ou fazendo uma releitura que não altera substancialmente a estereotipia apresentada pelos referidos autores; tem-se, nos dados apresentados a seguir, uma construção das mulheres que se mostra forte ao ponto de permanecer no texto doutrinário por mais de meio século.

3.1. *Pudor e a moral pública*

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

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

Nélson Hungria começa sua abordagem pontuando que não cabe mais ao Direito Penal se informar da moral religiosa. Segundo o autor, o direito penal no Estado agnóstico lança mão à ética sexual, mas apenas reprime as condutas que fogem da normalidade do intercuro dos sexos e que, dessa forma, acabam por

deixar explícito na obra que a tarefa de atualização “foi desenvolvida de forma a manter intactas as características da obra, responsáveis pela ímpar preferência que lhe dedicam professores, estudantes, advogados, juízes e promotores públicos e cujos anseios em relação a ela, estamos certos, ficam, assim, plenamente atendidos” (NORONHA, 1995).

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

lesionar “positivos interesses do indivíduo, da família, e da comunhão civil, como sejam o pudor, a liberdade sexual, a honra sexual, a regularidade da vida sexual familiar-social, a moral pública sob o ponto de vista sexual” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 80). E é partindo da concepção desses interesses a serem protegidos que o autor vai trazer a importância do pudor dentro dessa esfera de controle. Ele vai dizer que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Segundo o doutrinador, “desapercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio retaco. Com a sua crescente deficiência de

reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...]” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 84).

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

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

“Outro mal que se opõe é a prostituição. Velho tema sempre aberto à considerações dos povos. Não iremos discorrer-la, não lhe apontaremos as origens, não diremos das épocas de afinidade com a religião, não insistiremos no demonstrar as tentativas para extingui-la, nem acentuaremos o reconhecimento tácito da sua necessidade até por doutores da Igreja. Tudo isso é por demais conhecido.” (NORONHA, 1995, p. 93)

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

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

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

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

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

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

A partir disso, o autor vai dizer que quando o legislador se propõe a criminalizar as condutas que violam os costumes, o termo “costumes” dever ser entendido enquanto “a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação” (NORONHA, 1995, p. 96).

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

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

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

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

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

Dessa forma, a mulher não chega ao centro da discussão por ter sido colocada enquanto sujeito passivo das condutas tipificadas pelo legislador. Segundo os autores, foram as mulheres as responsáveis “por disciplinar os instintos” e as

mais favorecidas com tal feito (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 82; NORONHA, 1995, p. 92-93). Também são elas as responsáveis pela “crise do pudor” e a consequente ampliação dos desvios sexuais (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 85).

Dessa forma, se por um lado a violação de algumas mulheres significa uma grande lesão aos costumes e merece a atenção do sistema de justiça criminal por macular a moral social como um todo; por outro, a violação de outra parcela de mulheres até pode atentar contra suas liberdades individuais, mas não é suficiente para causar um impacto dentro da sociedade e violar da mesma maneira os ditos costumes, porque essa violação é uma consequência da frouxidão que seus atos proporcionam na sociedade. Assim sendo, a abordagem inicial tecida por Hungria e Noronha em suas doutrinas funciona como um primeiro alerta aos juristas que as tomam como base.

Se, por um lado, a mulher recatada precisa ser “protegida” para que a moral prática, o mínimo ético e a estabilidade e honra da instituição familiar sejam preservadas. Por outro, é preciso estar alerta para o fato de que nem todas as mulheres seguem esse caminho moral do recato. Existem também aquelas que são as responsáveis pela crise do pudor, que com suas atitudes se colocam em risco e abrem as portas para os desvios sexuais.

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

3.2. *Todas as mulheres? Fazendo as distinções que o legislador não fez*

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

Importante destacar que o Código Penal de 1940, assim como os seus anteriores, não fazia diferença entre homens e mulheres, ambos poderiam ser sujeitos ativos da maioria dos crimes. No que tange aos crimes contra os costumes, as diferenciações persistiram, pois, em alguns crimes, só as mulheres figuraram no

BARBOSA, Iricherlly Dayane da Costa; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Honestidade, vítimas e doutrinas penais: linhas divisórias que ultrapassam os crimes contra os costumes.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 189. ano 30. p. 127-168. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13].

polo passivo, mantendo a divisão entre a mulher honesta, a virgem e a simplesmente mulher.⁹

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

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

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

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

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

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

9. Sobre a diferenciação das mulheres na legislação penal brasileira, cf.: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

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

“É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da mulher paciente: se solteira, virgem ou não, se casada ou viúva, se velha ou moça (quando não maior de 14 anos, o estupro é presumido, art. 224, letra a), honesta ou impudica, incorrupta ou devassa, monja ou prostituta. Nem mesmo a autêntica prostituta, isto é, a mulher que acede *au premier passant*, despejada mercadora do amor [...], francamente entregue ao *exercitium vulgivagoe veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. [...] A desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la.” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 115, grifos do autor).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“A lei, entretanto, não pode exigir que a ofendida vá ao extremo da resistência, até o risco da própria vida. Seria impor que fosse mártir da sua virtude. Exige que a resistência seja sincera, mas não requer se prolongue até o instante do desfalecimento ou do trauma psíquico. É mister considerar outrossim que a agressão produz geralmente, na vítima, medo de mal maior. Uma tímida e fraca donzela, em lugar ermo, após debater-se e lutar com o ofensor, pode, ainda

com forças para resistir, aterrar-se ante sua disposição e entregar-se por temer perder a vida. Neste caso, ninguém certamente afirmará tratar-se de coito lícito e não ter sido ela estuprada. O que se requer é tenha o agente feito o preciso para anular a oposição da mulher.” (NORONHA, 1995, p. 112).

Sobre a violência, Noronha indica como o julgador deve agir diante dos casos de estupro para chegar a uma conclusão quanto à existência ou não da violência.

“O que o juiz deve fazer é o estudo completo dos personagens, atentar às condições do meio, onde o fato se passou, examinar os pormenores relatados pelos sujeitos do delito; enfim, fazer uma apreciação integral do crime e de seus personagens, até chegar à conclusão de que a força empregada pelo réu não foi a *vis grata puellis* de que nos fala Ovídio, sem pretender, entretanto, houvesse a vítima oferecido resistência de heroína novelesca, que não vacila em se oferecer em holocausto à própria honra [...]” (NORONHA, 1995, p. 113).

Em seguida, o mesmo autor volta a comentar sobre as ações da ofendida e indica a forma como ela deveria agir depois da ofensa.

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

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

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

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

Nesse sentido, Magalhães Noronha:

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

É como se os doutrinadores alertassem durante todo o tempo ao operador do Direito com relação aos desvios da finalidade de proteção que podem vir a ocorrer. Não basta saber que as mulheres são o sujeito passivo do crime de estupro, é fundamental saber também que, embora o legislador tenha feito o movimento de abrir o leque de proteção para todas as mulheres, nem todas elas merecem receber tal proteção.

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

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

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

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

Ele alerta que as informações recebidas devem passar por uma “crítica rigorosa” apontando para a possibilidade de “existência de acusações falsas”. Ocasão na qual ele diz que “antes de tudo, é preciso não esquecer que, em matéria de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são frequentes as

acusações falsas, notadamente por parte de mulheres histéricas ou neuropáticas” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 118).

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

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

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

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

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

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

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

“É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns

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

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

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

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

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

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

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

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

Hungria (1947) vai justificar seu posicionamento dizendo que:

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

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

“As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.” (NORONHA, 1995, p. 103-104)

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

Já Magalhães Noronha vai dizer que:

“O marido, como tem deveres, também tem direitos no matrimônio, e entre estes se alinha o de relações sexuais com a esposa. Mas esse direito, como qualquer outro, tem limite, o qual transposto fará com que ele se degenere em desmando e abuso. O coito normal, lícito entre esposos, pode assim, tornar-se

ilícito, quando a ele se opuser a mulher, fundada em poderosas razões morais ou em um direito relevante.” (NORONHA, 1995, p. 104)

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

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

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

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

É importante se atentar, entretanto, ao fato de que, apesar de partir de um posicionamento oposto ao apresentado por Hungria e Noronha, Damásio vai trazer em sua explanação um mesmo elemento condicionante para a validação da negatividade da mulher, qual seja, a “justa causa”. Dessa forma, mesmo partindo de um ponto distinto, o autor acaba chegando ao mesmo ponto de desconsideração da autonomia da vontade da mulher e do respeito a sua liberdade sexual.

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

“Ocorre estupro sempre que houver constrangimento do marido para a realização da conjunção carnal por constituir o fato abuso de direito. Isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a

coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. A evolução dos costumes, que determinou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, justifica essa posição.” (MIRABETE, 1991, p. 418-419)

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

E aqui cabe pontuar também que, embora neste trabalho por vezes os posicionamentos sejam apresentados de forma que pode parecer que estamos visualizando uma linha evolutiva na mudança do pensamento doutrinário quanto a uma dada questão, é fundamental não perder de vista as datas de publicação das obras. Temos, por exemplo, a obra de Magalhães Noronha que originalmente foi publicada em 1943, mas que na edição aqui analisada, 1995,¹⁰ ainda traz o mesmo posicionamento apresentado pela edição de 1947 da obra de Nélson Hungria. Mostra-se, dessa forma, que o tempo não necessariamente foi capaz de mudar a linha interpretativa apresentada pelos doutrinadores.

3.3. *A moral média em questão*

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

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

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

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

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

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

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

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

Como no Código de 1890 já havia a previsão de que qualquer pessoa poderia ser vítima dessa conduta, não há uma maior inquietação por parte dos doutrinadores com o fato de tanto a meretriz quanto a mulher de reputação ilibada estarem, na letra da lei, ocupando essa mesma esfera de proteção. Contudo, não é deixada de lado a abordagem que já vinha sendo construída em suas obras. A mulher e suas condutas seguem sendo o ponto central da análise dos autores¹¹

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

e agora ganham expressamente a averiguação a partir da média social, uma vez que, segundo Damásio (1999, p. 102), “objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual”.

E na mesma linha interpretativa, segue Hungria:

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

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

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

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

E é compartilhando das mesmas percepções que os demais doutrinadores trazem em suas obras que Magalhães Noronha, assim como faz ao longo de toda sua doutrina, mais uma vez fará um alerta de como o juiz deve se atentar à figura da

vítima para que consiga identificar se realmente houve ou não a violação. Nesse caso, ele vai dizer:

“Como em todo crime, a pessoa da vítima deve merecer acurada atenção do juiz. O sexo, a educação, a conduta moral têm de ser sempre apreciados, uma vez que a gravidade do ato varia consoante essas e outras circunstâncias. Um ato imoral praticado entre pessoas de sexo diferente, constituindo atentado ao pudor, pode não assumir esse caráter se os protagonistas forem do mesmo sexo.

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

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

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

Dessa forma, a cada passo que os doutrinadores dão em suas análises é como se eles estivessem se encarregando de fechar um cerco ao redor das mulheres para

que a classificação delas esteja sempre presente no olhar do julgador, independentemente, assim, se o legislador vai fazer uma diferenciação expressa na lei. Cabe ao julgador ter sempre em mente que existem diferentes categorias de mulheres. Se por um lado para preservar a moral pública é necessário que se resguarde a mulher de acentuado recato, aquela que, como nos primórdios, é responsável por manter o equilíbrio do pudor; por outro, é fundamental se atentar àquelas mulheres que, como boas aprendizes de Eva, são as culpadas pela decadência do pudor e, por isso mesmo, não são dignas do mesmo tratamento que as demais.¹²

3.4. *A mulher honesta expressamente tutelada pelo legislador e delimitada pela doutrina*

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

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

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

“A proteção penal da liberdade sexual contra a fraude deixa de beneficiar a mulher desonesta, não porque esta haja decaído do direito de livre disposição do próprio corpo (pois, de outro modo, não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso,

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

BARBOSA, Iricherlly Dayane da Costa; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Honestidade, vítimas e doutrinas penais: linhas divisórias que ultrapassam os crimes contra os costumes.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 189. ano 30. p. 127-168. São Paulo: Ed. RT, março 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v189i189.13].

o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. O legislador, aqui, absteve-se, como o pretor romano, de cuidar de *minimisi*.” (HUNGRIA; LACERDA, 1947, p. 139)

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

Ele vai nos dizer que:

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

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

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

E Heleno Fragoso complementa a definição de Hungria, apontando que:

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

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

“A honrada, de decoro, decência e compostura. É aquela que, sem se pretender traçar conduta ascética, conserva, entretanto, no contato diário com seus semelhantes, na vida social, a dignidade e o nome, tornando-se, assim, merecedora do respeito dos que a cercam. Não vivendo no claustro nem no bordel, justamente é quem mais pode ser vítima do crime, donde logicamente a necessidade de proteção legal.” (NORONHA, 1995, p. 137-138)

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

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

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

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

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

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

“Ao lado disso, situações há que, embora não legais, não conduzem a mulher à condição de desonesta. Referimo-nos à mancebia. Vivendo em estado de casada, tendo, criando e educando seus filhos num ambiente de fidelidade e decore, não vemos como considerá-la, para os efeitos do artigo, mulher desonesta. A decência da vida conjugal não depende, exclusivamente, das formalidades do Registro Civil e do sacramento da Igreja.” (NORONHA, 1995, p. 138)

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

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

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

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

E por fim aponta a importância para a Justiça dessas delimitações que dizem respeito à honestidade da mulher:

“Estando em jogo a *fraude* do delinquente, é mister achar-se do outro lado a honestidade da ofendida. Desse contraste é que se concluirá pela existência ou não da fraude. A Justiça tatearia no escuro e palmilharia terreno movediço na apuração de casos em que a vítima fosse exímia conhecedora do comércio

carnal e mesmo mais experiente do que o próprio homem.” (NORONHA, 1995, p. 138, grifos do original)

É importante, contudo, atentar-se para o fato de que a conceituação formal de mulher honesta é delimitada na doutrina quando o legislador a coloca enquanto elemento constitutivo do tipo penal. No entanto, a linha divisória que separa mulheres honestas e desonestas é traçada desde o primeiro momento da discussão, quando os doutrinadores confrontam as “mulheres recatadas” com as “despudoradas”, colocando esse fator enquanto determinante para a sua maior ou menor proteção legal.

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

3.5. *A proteção dos interesses da organização ético-social da família*

O Código de 1940 manteve o crime de rapto dentro do título “Dos Crimes Contra os Costumes”, rejeitando o critério do projeto de Sá Pereira, que pretendia transferi-lo para o âmbito dos crimes contra a liberdade. Tal decisão se justificou pelo fato de que o fim do agente era a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso. E o ponto 73 da exposição de motivos do Código de 1940 vai reforçar essa decisão apontando que “trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família – interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes contra os costumes” (PIERANGELI, 2004).

Os doutrinadores também se encarregaram de reforçar o porquê da manutenção do crime de rapto entre os crimes contra os costumes. Heleno Fragoso (1962) dirá:

“Não há dúvida de que o rapto violento ou fraudulento, e mesmo o consensual são crimes contra os costumes, no sentido em que esta palavra é empregada pela lei, ou seja, a moral pública sexual. A ofensa que se faz à liberdade individual (no rapto violento ou fraudulento) é apenas meio. Nem se pode dizer que seja, no caso, o interesse prevalente. No rapto consensual, já é evidente que não há crime contra a liberdade individual (a ofendida livremente consente na sua abdução). É também lesado (como nas outras formas de rapto também)

o interesse de ordem familiar, e nesta modalidade do crime, de forma mais evidente; mas o fim do agente não deixa de ser libidinoso, o que justifica a sua inclusão entre os crimes contra os costumes.

[...]

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

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

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

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

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

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

O rapto violento ou fraudulento, que era caracterizado enquanto “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso” (art. 219, CP), manteve como sujeito passivo exclusivamente a “mulher honesta”. Damásio de Jesus (1999, p. 127) vai dizer que “pouco importa se a

vítima é ou não virgem, uma vez que a mulher casada também pode ser sujeito passivo, ou a sua idade. Só a mulher dissoluta é que não pode ser sujeito passivo da incriminação”.

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

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

“Nesse crime, duas hipóteses podem ocorrer: ou há a simples tirada, a simples subtração, ficando o fim libidinoso em mera perspectiva; ou, ao revés, este é consumado. Neste caso, se a vítima é prostituta e o réu usou de violência ou grave ameaça, não deixará de existir crime, podendo, então, haver lugar o estupro ou o atentado ao pudor. Na outra ocorrência, isto é, quando o fato se constitui exclusivamente da tirada da vítima, sem que o fim libidinoso seja consumado, reduzindo-se a projeção do delito no mundo exterior só àque-la subtração, convenha-se que o fato dessa simples tirada não assume tanta gravidade, não provoca tanto clamor social, não infunde na coletividade esse sentimento de insegurança que a invade à notícia de um crime, impondo-se a repressão penal. E isso porque essa tirada, geralmente do prostíbulo, muito mal poderá assumir aspecto de subtração da esfera de custódia e proteção social, ou, pelo menos, de pouca monta será tal fato. Por outro lado, fim de libidinagem em mera perspectiva não constitui ofensa contra o pudor que justifique a capitulação do crime.” (NORONHA, 1995, p. 182-183)

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

O rapto consensual consistia em “se a raptada é maior de quatorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento” (art. 220, CP), tinha-se uma proteção do legislador ao pátrio poder e à autoridade tutelar. Os doutrinadores apontaram que nesses casos o consentimento da mulher era nulo, tendo em vista que a filha/tutelada não poderia contrariar a vontade do pai/tutor, e que, por

isso, o legislador conservou o limite da menoridade civil. Eles também pontuam que inexistia o crime caso a menor fosse emancipada.

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

3.6. *A vítima na reforma de 1984*

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

O tópico 50 da exposição de motivos da reforma de 1984 justifica a inovação legislativa que fez referência expressa ao comportamento da vítima, dizendo que ele é “erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes” (PIERANGELI, 2004).

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

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

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

Das doutrinas analisadas, a única que se debruça um pouco mais sobre a questão é a de Julio Mirabete (1994). O autor traz uma exemplificação mais extensa do que seria esse “comportamento da vítima”, pontuando que mesmo que não

justifique o crime, esses tipos de condutas devem ser levados em consideração pelo aplicador do direito no momento de dosimetria da pena.

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

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

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo não teve a pretensão de analisar as mudanças legislativas ocorridas na temática no século XXI, como a entrada em vigor da Lei 11.106/2005, que, por fim, retirou do Código Penal a expressão “mulher honesta”. Também não foi objeto analisar a Lei 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (art. 121, CP) e a sua inclusão no rol dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei 8.072/1990.

O que percebemos foi a permanência da “lógica da honestidade feminina”, que Vera Andrade (2005) define 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, lógica que não se reduz,

por outro lado, à criminalização secundária. Pois pode ser empiricamente comprovada ao longo do processo de criminalização desde a criminalização primária (definições legais dos tipos penais ou discurso da Lei) até os diferentes níveis da criminalização secundária (inquérito policial, processo penal ou discurso das sentenças e acórdãos) e a mediação do discurso dogmático entre ambas.” (ANDRADE, 2005, p. 90-91)

Os autores se encarregaram de desenvolver uma dinâmica de categorização de mulheres na busca de garantir que a aplicação da lei penal se restringisse à tutela apenas daquelas mulheres cuja violação significava uma ofensa não só a sua liberdade sexual, mas principalmente à moral e aos costumes da sociedade brasileira.

A categorização das mulheres, que nas doutrinas penais tem sua principal construção dentro do capítulo que trata dos crimes sexuais, não só continuou reverberando como passou a ser acionada para além desses. Move-se, assim, o sistema de justiça criminal como um todo, dando a tônica da sua atuação quando as mulheres estão pleiteando o lugar de vítima.

Dessa forma, é possível perceber que mesmo entrando em um novo século, com alterações no Código Penal, as lentes interpretativas usadas para analisar e julgar os casos que envolvem as mulheres permanecem ligadas a pilares sexistas, reafirmando os estereótipos que essas doutrinas apresentam e reapresentam desde o século XX e, ainda que ganhem novas roupagens, encontram concretude na aplicação do Direito.

5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Marcelo Mayora. *Os penalistas na ditadura civil-militar: as ciências criminais e as justificativas da ordem*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, Florianópolis, ano XXV, n. 50, p. 71-102, 2005.
- BARBOSA, Iricherlly Dayane da Costa. *Das linhas às entrelinhas: a representação das mulheres nas doutrinas penais na segunda metade do século XX nos crimes contra os costumes*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2021.
- CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. *O dito pelo não dito: uma análise da criminalização secundária das traficantes na cidade do Recife*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

- CASTRO, Lola Aniyar de. El Pecado de Eva: un castigo con exceso de equipaje: las mujeres infractoras. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Entre la dominación y el miedo: nueva criminología y nueva política criminal*. Mérida: Nuevo Siglo, 2003.
- CONSTATINO, Núncia Santoro de. Pesquisa histórica e análise de conteúdo: pertinência e possibilidades. *Estudos Ibérico-Americanos*, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 183-194, 2002.
- DAMÁSIO EDUCACIONAL. *Damásio de Jesus*. Disponível em: [www.damasio.com.br/institucional/quem-somos]. Acesso em: 25.01.2021.
- ELUF, Luiza Nagib *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FLEURY, Luiz Antonio. *Homenagem póstuma ao ilustre jurista Júlio Fabrini Mirabete*. Disponível em: [www.fleuryfilho.com.br/02032004.html]. Acesso em: 25.01.2021.
- FRAGOSO ADVOGADOS. *Heleno Fragoso*. Disponível em: [www.fragoso.com.br/quem-somos/heleno-fragoso]. Acesso em: 25.01.2021.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Livros Jurídicos – Edições Próprias e Alheias, 1962. 2 v.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *A criminologia no ensino jurídico no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.
- GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortês de. *Comentários ao Código Penal – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 3 v.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LAGO, Laurenio. *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal: dados biográficos 1828-2001*. 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001.
- LEIPNITZ, Guinter. Pesquisa historiográfica e documental: diálogos entre história e direito a partir de escrituras públicas de contratos. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- LEMOS, Renato. *Nelson Hungria Hoffbauer*. Disponível em: [www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/nelson-hungria-hoffbauer]. Acesso em: 25.01.2021.

- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Do juizado especial criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. 2 v.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 3 v.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- RAMOS, Gabriela Batista Pires. “Como se fosse da família”: o trabalho doméstico na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2018.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SILVA, Salete Maria da. *A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2003.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Mulheres, insultos, fofocas e reputação sexual – Uma breve análise das relações de gênero através de processos criminais de calúnia e injúria (Juiz de Fora – 1854-1941), de Deivy Ferreira Carneiro – *RBCCrim* 94/345-362; e
- Por um novo direito penal sexual – a moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133-158 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/135-162.