

O paradoxo da evolução legislativa brasileira no combate à cultura do estupro

Debate ou discussão em teoria social.

GT 11- Gênero, desigualdades e cidadania.

Liana Claudia Hentges Cajal
Rafael Luz de Lima

A legislação brasileira empreendeu esforços para estabelecer maior severidade a crimes contra a dignidade sexual. Porém, a falta de técnica do legislador – a partir das reformas implementadas pelas leis 8072/90 e 12015/09 – fez com que, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao aplicador da lei restasse apenas desclassificar as condutas de menor potencial ofensivo (ou aquelas que não justifiquem uma pena mínima de seis anos) para contravenções penais que possuem penas máximas irrisórias, ou declarar tais condutas atípicas. O presente artigo pretende analisar tal paradoxo gerado pelo legislador brasileiro: com intuito de punir os atos violadores da dignidade sexual com mais severidade e alterar o paradigma social machista, a lei acabou por reforçar a cultura do estupro.

Palavras chaves: Cultura do estupro, evolução legislativa, proporcionalidade.

1. Introdução

A Ciência do Direito pretende, com o seu conjunto de normas, regular o convívio social. Não obstante grande parte das teorias positivistas – reconhecendo-se aqui as suas mais diversificadas correntes – afirmarem a não necessidade de fundamentar a legitimidade do Direito num alicerce Moral, haja vista que o Direito não precisa mais refletir os valores morais para ser válido, não há dúvidas que o Direito possui ainda relação dialética importante com a Moral de um grupo social ou parte dele. A Moral e o Direito podem ser concebidos como sistemas com códigos distintos, mas com interações recíprocas.

A determinação pelo Direito da exata conduta a ser seguida pelos indivíduos visa por vezes cristalizar a moral e por outras funciona como um molde no qual esta deve ao menos pretender-se adequar. Muitas vezes o Direito apenas consolida um determinado hábito ou costume, daí exercendo principalmente função de controle; outras vezes exerce finalidade modificativa dos hábitos e costumes da sociedade. Quando exerce essa última, o Direito encontra-se, em um mesmo período temporal, em lapso conceitual com a Moral. O Direito busca justamente estabilizar as expectativas de comportamentos que a Moral não consegue fazer suficientemente.

Mais precisamente, pode-se analisar tal descompasso conceitual quando se analisam as normas positivadas em um Estado em relação moral de sua população. No presente artigo, tal descompasso se tornará extremamente claro ao analisar o que se chamou de ‘cultura do estupro’.

2. A Cultura do Estupro e a sociedade brasileira

A literatura feminista afirma exaustivamente que gênero é uma construção social. Assim, apesar de ser uma categoria compartilhada, cada país apresenta sua história e particularidades na construção daquilo que se chama de masculino e feminino.

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, a miscigenação começou a pautar as relações de gênero. Os exploradores, além das terras, tomaram as mulheres indígenas e, posteriormente, escravas africanas, dando início ao processo de miscigenação. Com a vinda das portuguesas, construíram-se dois modelos de mulheres que perduram no imaginário social até hoje. O arquétipo de Maria, representada pela portuguesa, estereotipada como mulher assexuada, passiva, submissa, fraca e criada para vida no âmbito privado, responsável pelo lar e pelos filhos; e a mulher “pública”, personalizada na escrava, encarregada concomitantemente de dois papéis: trabalhadora e objeto sexual. Estabeleceu-se socialmente o arquétipo de Maria como o ideal de mulher, definindo-se assim o espaço de homens e mulheres na sociedade: enquanto os homens detinham com exclusividade a esfera pública; as mulheres restringiam-se ao âmbito privado, o lar.

A contraposição entre a mulher pública e o arquétipo de Maria aliada à ideia de que o espaço público é masculino e o privado é feminino são valores de longa duração da cultura brasileira. Esta construção possui várias consequências, dentre elas a naturalização do patriarcalismo e do machismo, que legitimam violências e opressões. A cultura do estupro nasce a partir da sedimentação desses valores de longa duração.

A valorização do espaço público ocasionou a associação histórica do masculino com a ideia de poder, honra e conquista. Houve a construção da noção de que o detentor do espaço público possui poder e que, para adquiri-lo, teve que conquistá-lo. Não suficientemente, elaborou-se o pensamento que, para a manutenção dessa conquista, é necessário ser um homem honrado. Construiu-se, assim, aquilo que Lia Zanotta Machado chamou de ‘mundo relacional da honra’ - uma temporalidade de longa duração que tem dado causa e legitimidade a violência contra a mulher.

No mundo relacional da honra, a ideia de que o masculino detém o espaço público e o feminino detém o privado gera reflexos no âmbito sexual. Gera-se a ideia de que cabe ao homem a iniciativa e o apoderamento do corpo da mulher. À mulher, por sua vez, competiria apenas a sedução. Dentre as táticas de atração, a mais utilizada pelas mulheres é, dentro desta lógica, a negação da atividade sexual. Quando a mulher se faz de difícil, caberia ao homem, então, a conquista, isto é, a transformação do “não” inicial em um “sim”. Afinal, acaba-se por reproduzir a lógica de que o homem deve defender sua honra, e honrado é aquele que possui todas as mulheres que quiser. Nas palavras de Lia Zanotta Machado: “O imaginário da ‘sexualidade feminina como aquela que se esquia para se oferecer’ parece ser a contraparte do imaginário da ‘sexualidade masculina como aquela que tem a iniciativa e que se apodera unilateralmente do corpo do outro’”. Todo esse ideário em que o ‘não’ da mulher nunca é verdadeiramente um ‘não’ e que tudo não passa de apenas uma tática de sedução constrói o que aqui se chama de cultura do estupro.

A representação contemporânea do estupro é devido ao entrelaçamento, na mesma temporalidade, da lógica cultural e moral derivada do feminismo e do referido ‘mundo relacional da honra’. Essa coexistência acaba por gerar um binômio interpretativo conflitante. Ora o estupro é enxergado como um crime hediondo contra a pessoa ou como um grave crime contra os costumes, ora é a simples realização do mais banal e cotidiano dos atos de relações sexuais entre homens e mulheres – o defrontamento da esperada iniciativa masculina com uma das respostas femininas possíveis: ‘a mulher que diz não para dizer sim’ (MACHADO, 1998, p.233).

Mesmo quando entendido como um crime hediondo contra a pessoa, há ainda uma construção histórica machista que afirma a existência da reprovabilidade somente quando o sujeito passivo é uma “mulher de família”, aquela que corresponde ao arquétipo de Maria descrito anteriormente. Portanto, o necessário para a tipificação do crime é, segundo esta perspectiva, quem é o sujeito passivo; o ato, em si, não adquire tanta importância.

Ressalta-se ainda que o enquadramento de uma mulher nessa categoria é mutável, pois o referencial é o homem. Como nos explica Lia Zanotta Machado (1998):

Pensar as representações conflitantes e deslizantes do estupro exige pensar a diversidade de posições das mulheres em referência aos homens, se são suas

irmãs, mães, ou categorias similares a estas posições, ou, ao contrário, se são classificáveis como não parentes, isto é, afins. Dentre uma categoria geral das mulheres afins, porque não parentes, há ainda que pensar uma outra diversidade de posições: aquelas que não são consideradas casáveis e aquelas que são casáveis (pelo critério que seja: *status* social ou *status* moral).

A ideia de crime hediondo parece se colar apenas à representação do ato de imposição sexual feito a mulheres que são pensadas como se fossem, ou pudessem ser, suas mães, irmãs e filhas, ou então, mães, irmãs e filhas de outros homens que merecem consideração. É quando o ato de imposição sexual é pensado como se feito em relação a mulheres, consideradas como isoladas do parentesco, que a ideia de crime hediondo, quer seja contrapessoa ou contra os costumes, parece não aderir e tudo se passa como se este ato se confundisse com o mais banal ato de relação sexual. (p.233)

Observa-se que sobre a noção de estupro como um crime grave contra os costumes resulta, em boa parte, de uma moralidade religiosa: o estupro é visto como pecado. A reprovação se dá pelo fato de ser um ato sexual não controlado e não legítimo. Não incide aí a ideia de crime contra a pessoa, mas de uma violação da moral e os bons costumes.

Por fim, não bastasse toda essa construção subjugadora da mulher, cria-se uma áurea de normalidade. Afirma-se que é natural da sexualidade masculina ter a mulher como objeto da relação sexual. Normaliza-se o abuso sob a égide de uma fraqueza natural do homem. O crime, então, se justificaria, pois o ato não passaria de uma decorrência das características humanas naturais.

É como se o impensado da sexualidade masculina, aquilo que ela tivesse de mais natural, fosse exatamente a fraqueza, isto é, a disponibilidade absoluta, a prontidão permanente para ter a mulher como objeto de relação sexual. Assim, macho mesmo, do ponto de vista sexual é fraco, ou seja, não se segura. A virilidade supõe no mais profundo do impensado, isto é, do que é vivido como natural, a disponibilidade total para a realização da atividade sexual. Virilidade está associada ao lugar simbólico do masculino como lugar da iniciativa sexual. (MACHADO, 2011, p.7)

Portanto, esses elementos são constitutivos do que se chama cultura do estupro. Compõe não somente a moral da sociedade brasileira, em geral, como também, por vezes na história, se refletiu na legislação, como ilustrado em tópico posterior.

3. O Direito Penal e a Teoria da Prevenção

O Direito Penal é uma das maneiras que o Estado utiliza para regular o convívio social. É o instrumento de intervenção mais severo, já que pode estabelecer limitações sobre um dos bens jurídicos mais valorizados: a liberdade. Por ser o ramo do direito que pode infligir as sanções mais graves aos indivíduos, exige-se que esses bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal sejam, também, proporcionalmente mais valorizados dentro da sociedade.

Pode-se afirmar que é de interesse comum que os conflitos que geram a mobilização da máquina estatal penal sejam cada vez mais raros. Cria-se, então, uma expectativa de antecipação dos crimes e, para isso, um esforço para identificar os fatores que influenciam na prática das condutas puníveis penalmente, são as chamadas teorias da prevenção.

Tonry e Farrington propuseram uma tipologia das principais abordagens da teoria da prevenção que lançam mão da criminologia sociológica. Assim, foi possível uma classificação em quatro grandes grupos: prevenção à evolução criminal (*developmental prevention*), prevenção comunitária (*community prevention*), prevenção situacional (*situational prevention*) e prevenção criminal (*criminal justice*

prevention). Uma breve descrição dessas abordagens faz-se necessária para o posterior entendimento da técnica, ou falta dela, utilizada pelo legislador brasileiro nas alterações das leis que tipificam o estupro.

A prevenção à evolução criminal detecta fatores prováveis que fazem o indivíduo se envolver repetidamente em eventos criminais, associando aspectos da história individual e das instâncias básicas de socialização. A técnica de prevenção, então, faz-se a partir da assistência social, que deixa de ser mera filantropia para ser um instrumento de controle social. Assim, a solução para a criminalidade ultrapassa seu campo específico, atingindo as estruturas básicas de socialização.

A prevenção comunitária, por sua vez, afirma que as condições do ambiente influenciam nas relações sociais, assim, circunstâncias degradantes tenderiam a gerar o descumprimento da lei e a violência. A técnica de prevenção consiste no investimento para transformação do espaço físico e simbólico em um ambiente saudável.

Já a prevenção situacional é uma abordagem que se vale da lógica utilitarista. O cometimento do crime se daria pelo cálculo custo/benefício material do resultado pretendido. A teoria pode ser ampliada caso se imagine que no cálculo sejam incluídos outros custos e benefícios para além daqueles materiais. Assim, como técnica de prevenção, utilizar-se-iam mecanismos para tornar o cometimento do crime cada vez menos atraente, tal qual a majoração da pena mínima desses crimes.

Por fim, a prevenção criminal é o nome dado ao conjunto de estratégias estabelecidas no/pelo aparelho estatal. Sua prática resume-se na criação de mecanismos ressocializadores e dissuasivos, o que exige um grande investimento financeiro e complexo trabalho de inteligência. Exemplos de tais abordagens seriam as campanhas educativas promovidas pelo Estado e a aproximação da polícia com a comunidade.

Ressalta-se que deve haver a combinação efetiva das diversas modalidades de prevenção explicitadas acima. A visualização do atual modelo mostra que a simples prevenção situacional acaba por gerar uma lógica maniqueísta, na qual bem e mal se contrapõe em suas formas puras. O criminoso preso, por tanto, exemplifica o homem mal, ao mesmo tempo em que há a idealização do homem bom. Assim, o problema da criminalidade passa a ser identificado ao comportamento de determinadas pessoas, esquecendo-se da existência de conflitos sociais e da violência estrutural. Neste sentido, como descreve Baratta, “a violência criminal adquire na atenção da sociedade a dimensão que deveria corresponder à violência estrutural, e em parte contribui para ocultá-la e mantê-la” (1993, p.54).

Importante mencionar que aqui não se alega a imprestabilidade da prevenção situacional. De outra maneira, aduz-se que esse mecanismo não é isoladamente capaz de prevenir conflitos e indubitavelmente deve ser ponderado com a assistência social ao reeducando a partir as estruturas básicas de socialização, com o investimento para transformação do espaço físico e simbólico de locais em que há notável índice de criminalidade em um ambiente saudável e também com campanhas educativas promovidas pelo Estado, além da aproximação da polícia com a comunidade.

4. A legislação brasileira e o crime de estupro

A primeira lei a tipificar crimes no Brasil foi o Código Penal do Império. Essa lei foi sancionada um pouco antes da abdicação de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, e vigorou desde 1831 até 1891. Em seu corpo, o referido dispositivo trazia como bens jurídicos necessários para tipificação a honestidade da mulher violada e estabelecia sua relativização quando essa fosse prostituta, e contava ainda com a previsão da extinção da punibilidade se o agressor casasse com a moça violentada. Trazia ainda a distinção entre o crime de estupro e ato de fim libidinoso sem que se verificasse a conjunção

carnal. Além disso, destacava, em seu tipo objetivo, a exigência de que o ato de fim libidinoso devesse causar dor ou algum mal corpóreo a mulher.¹

Ao Império sobreveio a República e, com ela, o Código Penal de 1880. Tal código traz a distinção entre o crime de estupro e atentado violento ao pudor (ou seja, aquele sem conjunção carnal). Não mais condiciona o crime de estupro a demonstração de honestidade da mulher violada, entretanto ainda se verifica a relativização do crime quando a moça estuprada for mulher pública ou prostituta².

Em 07 de dezembro de 1940, o decreto-lei nº 2.848 foi responsável por criar o atual Código Penal vigente no Brasil. A distinção entre o estupro e o atentado violento ao pudor sobreviveu, respectivamente, com as penas de três a oito anos e de dois a sete anos, e a relativização do crime quando a mulher estuprada for prostituta desapareceu. Com o advento da lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos percebe-se que o legislador pretendeu deixar menos atrativa a prática dos crimes com maior reprovabilidade social, assim, houve o estabelecimento do aumento de pena, a vedação da possibilidade de fiança, graça, anistia, indulto e liberdade provisória e a imposição de condições mais rígidas para a progressão de regime. A pena dos crimes foi igualada e aumentada para seis a dez anos. Com efeito, atualmente, a Lei 12015/09 alterou a disposição histórica dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, unificando as duas figuras sob a rubrica de estupro com a pena de seis a dez anos.

Ocorre que, como bem desenvolve Celso Delmanto e Roberto Delmanto³, a atual legislação promoveu um aumento nas penas de maneira global, mas não houve diferenciação entre as diversas modalidades de ato libidinoso. O legislador não estabeleceu uma gradação e conseqüente apenação diferenciada dos diversos tipos de atos, punindo com as mesmas severas penas.

5. Os reflexos das alterações legislativas

Primeiramente, deve-se notar que a atuação do Estado não se deu a partir da combinação efetiva da prevenção à evolução criminal, prevenção comunitária e prevenção criminal. Cingiu-se a reiterar a prevenção situacional tão visivelmente desgastada, bastando para confirmar os altos índices de reincidência criminal e a grande dificuldade em promover a ressocialização da atual política criminal predominante no Brasil.

Depois, devem-se notar as conseqüências da falta de técnica do legislador quando da fusão dos crimes de atentado violento ao pudor e estupro sob o mesmo quantum penal e sua mencionada majoração, sem a devida menção gradativa dos mais diversos atos libidinosos. Fato que deve ser observado levando-se em conta que não há mais nenhum outro tipo penal em que tais atos possam ser enquadrados.

Alberto Silva Franco (2000, p.233), analisando a problemática, sustenta que estabelecer, no âmbito da punição, um estrito paralelismo entre o estupro e o atentado violento ao pudor constitui, sem dúvida, um absurdo jurídico. Enquanto o estupro apresenta uma área de significado devidamente delimitada (ataque, mediante violência ou grave ameaça, à liberdade sexual de alguém), o atentado violento ao pudor apresenta características de difícil apreensão, não apenas em face da pluralidade de manifestações com que a conduta libidinoso pode ter expressão, mas também em razão, não raro, da ambigüidade dessas manifestações.

Tal absurdo torna-se bastante visível quando se nota que o legislador estabelece a mesma pena mínimado homicídio, seis anos, para uma apalpadela ou um beijo nos seios de uma moça, por exemplo; torna-se ainda mais claro quando se constata que a pena mínima da lesão corporal seguida de morte é de quatro anos, ou mesmo que o crime de tortura previsto na Lei 9455/97 tem uma pena mínima de

¹ Tais disposições podem ser verificadas nos artigos 221, 222 e 225 do referido Código Penal do Império, lei de 16 de dezembro de 1830.

² Tais disposições podem ser verificadas nos artigos 267, 268 e 269 do referido Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, decreto n. 847 - de 11 de outubro de 1890.

³ Ver *Código Penal Comentado*. 8ª Ed. 2010. Saraiva.

dois anos. Esta desproporcionalidade entre o bem que é lesionado ou posto em perigo e a gravidade da pena evidencia a falta de técnica do legislador quanto à visão de conjunto do Sistema Penal.

Como destaca Delmanto⁴, para contornar o referido absurdo e garantir o princípio constitucional da proporcionalidade, restaria ao juiz lidar com os atos de duas maneiras. A primeira seria desclassificar o delito para uma contravenção penal, que é uma infração considerada de menor gravidade que o crime. A contravenção poderia ser de importunação ofensiva ao pudor caso o ato tenha sido praticado em local público ou acessível ao público, com a respectiva pena em multa, ou contravenção de perturbação da tranquilidade caso não cometida em local público, com a pena de prisão simples de quinze dias a dois meses, ou multa. A segunda maneira seria simplesmente considerar o fato penalmente atípico.

O legislador, entendendo que o aumento dos “custos” do crime, em especial a maior rigorosidade das penas, estabeleceria limites à difusão dos comportamentos criminosos. Acreditando que a pena transcenderia seu caráter retributivo, evidenciando seu componente dissuasório e a sentença, então, dirigir-se-ia a todos os membros da sociedade, demonstrando que todas as ações indesejáveis seriam punidas de maneira exemplar e justa tentou efetivamente majorar a pena mínima para tais crimes. Porém, devido sua falta de técnica, criou-se um cenário em que não se podem enquadrar os atos violadores da dignidade sexual que possuam pequena ou até mesmo média ofensividade como estupro.

A desclassificação dos atos libidinosos que configurariam estupro, na atual legislação, para contravenção penal, no mais da verdade, configurou uma diminuição da pena quando comparado a possibilidade de tipificação existente antes das alterações. Assim, nenhum ato libidinoso poderá estar no meio termo entre dois meses estabelecidos pela Lei de Contravenções Penais e seis anos do Código Penal.

Devido à falta de técnica legislativa, o imperativo respeito do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade tem como consequência o reforço da cultura do estupro. A consideração de atos que violam a dignidade sexual como atípicos expressa a ideia de que alguns atos utilizados pelos homens para a transformação do “não” inicial da mulher em um “sim” são socialmente aceitáveis. A desclassificação para contravenção penal que impõe a circunstância do ato ser realizado em lugar público ou acessível ao público, reforça o imaginário de que atos violadores da dignidade sexual somente são realizados no espaço público, por desconhecidos (fato que as pesquisas feministas demonstram ser uma grande falácia, já que a maioria dos estupros acontece no âmbito privado e tem como sujeito passivo um conhecido da vítima que, normalmente, nutre laços afetivos por esta). A possibilidade da pena exclusiva em multa resultante da condenação nas referidas contravenções penais, apenas reforça a mercantilização do abuso do corpo da mulher. Assim, objetivando a maior proteção do bem jurídico violado pelo estupro, a falta de técnica do legislador faz com que a cultura do estupro seja sistematicamente reiterada.

6. Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que o Direito pode ser um eficaz instrumento para nortear mudanças morais de uma sociedade. O legislador brasileiro, através das alterações, tentou proteger a dignidade sexual e diminuir a incidência do estupro na sociedade, parecendo pretender modificar um paradigma machista. Porém, a falta de técnica na majoração das penas, com o não estabelecimento da gradação necessária para a punição de diferentes atos violadores da dignidade sexual, reforçou a cultura do estupro. Na medida em que o juiz é obrigado a desclassificar atos violadores da dignidade sexual para contravenções penais ou considera-los atípicos ou possivelmente aplica uma singela multa, afirma-se, mesmo que tacitamente, que tais atos são socialmente aceitáveis.

Conclui-se, portanto, que o Direito pode ser uma técnica legítima e eficaz para a mudança de paradigmamachista, porém, as alterações devem ser feitas de maneira cuidadosa, respeitando os

⁴ Ver *Código Penal Comentado*. 8ª Ed. 2010. Saraiva

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a devida inserção de uma moral efetivamente mais igualitária entre os gêneros.

Referências

Castilho, E.W. (2008) A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero?. *Cadernos Pagu*, 31, 101-123.

Chaves Júnior, A. (2011) O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41, 77-129.

Delmanto, C & Delmanto, R. (2010). *Código Penal Comentado*, 8. Saraiva.

Franco, A. S. (2000). Crimes hediondos: anotações sistemáticas a lei 8072/90. *Revista dos Tribunais*, 4.

Machado, L. Z. (1998). Masculinidade, sexualidade e estupro: as construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, 11, 231-273.

Machado, L. Z. (2001). Masculinidades e violências. Gênero e mal-estar na sociedade contemporânea. *Série Antropologia*, 290, 1-33.

Minayo, M. C. S. (2005). Laços perigosos entre machismo e violência. *Ciência & Saúde Coletiva*, 10, 18-34.

Reis, J. N., Martin, C. C. S. & Ferriani, M. G. C. (2004). Mulheres vítimas de violência sexual: meios coercitivos e produção de lesões não-genitais. *Caderno Saúde Pública*, 20, 465-473.

Sento-Sé, J. T. (2011). Prevenção ao crime e teoria social. *Lua Nova*, 83, 9-40.

Souza. E., Baldwin, J. & Rosa, F. H. (2000). A Construção Social dos Papéis Sexuais Femininos. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 13, 485-496.

Sudário, S., Almeida, P. C. & Jorge, M. S. B. (2005). Mulheres vítimas de estupro: contexto e enfrentamento dessa realidade. *Psicologia & Sociedade*, 17, 73-79.

Vargas, J. D. (2007). Análise Comparada do Fluxo do Sistema de Justiça para o Crime de Estupro. *Revista de Ciências Sociais*, 50, 671-697.