

PROTEÇÃO PENAL À LIBERDADE SEXUAL DA MULHER OU À MORAL SEXUAL DOMINANTE? UMA ANÁLISE DO FILME ACUSADOS¹

PENAL PROTECTION FOR WOMAN'S SEXUAL LIBERTY OR FOR DOMINANT SEXUAL MORAL? AN ANALYSIS OF THE MOVIE THE ACCUSED

**Victor Oliveira Ribeiro
Laila Maria Domith Vicente**

RESUMO:

No Brasil, o patriarcado se manifestou como modo de organização social desde a colonização portuguesa, tendo, inclusive, muitos reflexos na sociedade contemporânea – inclusive no sistema penal. Por meio desta estrutura, o homem é apto para oprimir todas as figuras sociais que o circundam, nesse sentido, encontra-se a mulher em uma situação de subordinação frente ao homem. Argumentações de cunho inatista legitimam o patriarcalismo, no entanto, estas sucumbem através de uma análise culturalista do gênero. Dentro do Direito Penal, sobretudo nos crimes sexuais, a dominação patriarcal se faz pungente. Analisando o filme Acusados, por intermédio da Criminologia Feminista, vislumbra-se o tratamento despendido às vítimas de estupro, a partir do qual é possível se questionar o que, de fato, é verdadeiramente protegido pela norma penal: a tutela da liberdade sexual feminina ou a moral sexual dominante.

PALAVRAS-CHAVE:

Patriarcalismo; Gênero; Criminologia Feminista; Crimes Sexuais; Acusados.

ABSTRACT:

In Brazil, the patriarchy manifested as a social organization way, since the portuguese colonization and yet reflects in contemporary society – including in penal system. Through that structure, man is able to oppress all social figures that surround him, thereby, woman finds herself subordinated by the man. Innatist argumentation legitimizes the patriarchalism, however, this theory collapsed when faced up by a culturalist concept of gender. Inside the Criminal Law, especially in sexual crimes, the patriarchal domination makes presence. Analyzing the film The Accused through the Feminist Criminology perspective, it's possible to observe the treatment dispensed for women who are victims of rape crime, from which emerges the question of what, in fact, is truly protected by the penal norm: the female's sexual liberty or the dominant sexual moral.

KEYWORDS:

Patriarchalism; Gender; Feminist Criminology; Sexual Crimes; The Accused.

¹ **ACUSADOS**. Direção: Jonathan Kaplan. Produção: Stanley R. Jaffe, Sherry Lansing. Intérpretes: Kelly McGillis, Jodie Foster and Bernie Coulson e outros. Roteiro: Tom Topor. Música: Brad Fiedel. Vancouver: Paramount Pictures; 1988. 1 DVD (111 min). Color. Oscar de melhor atriz.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira, no curso de sua história, fez-se presente, ao seu modo e a cada momento histórico, o patriarcado como modelo de organização social, isto é, a imposição - por meio de relações de força - da supremacia do homem sobre as outras figuras que o circundam, estabelecendo formas de vida hierarquizadas de dominação e de submissão. Frente a este modelo, as mulheres, em princípio, se encontravam em uma posição subalterna aos homens, devendo-lhes obediência. Entretanto, no século XX, em virtude da resistência a esta ordem instituída e através do movimento denominado feminista, as mulheres conquistaram, paulatinamente, inúmeros direitos civis (no Brasil, pode-se destacar art. 5º, I, CR e o art. 226º, §6º, Constituição da República, que garantem, respectivamente, o direito à igualdade jurídica e nas relações familiares).

Todavia, estas conquistas - de fato significativas que colocam em cena os rearranjos das relações de poder, que, por sua vez, são sempre dinâmicas na sociedade - não foram suficientes ao ponto de reinventar as relações de gênero dando fim às relações de autoritarismo e de violência oriundas do patriarcalismo. Nesse sentido, sobrevive o patriarcado – ainda que em seu viés moderno e moderno-tardio, como no caso em tela do Brasil – por meio de manifestações menos confessas, porém insidiosas. Em decorrência da subsistência nas relações cotidianas, o patriarcalismo ressoa no aparelho-burocrático estatal e, conseqüentemente, no sistema jurídico, seja nos dispositivos legais, seja em sua práxis.

Especialmente no Direito Penal, é possível perceber de forma mais clara a desigualdade de gênero vir à tona, sobretudo nos crimes sexuais, no qual se percebe uma lógica extremamente androcêntrica e opressora em seu julgamento. Não se pode olvidar que, em uma reforma recente (lei nº 12.015/2009), o legislador operou uma significativa mudança no tratamento legal aos crimes desta natureza, desde o que se refere à denominação do Título IV, até a indiferenciação entre homens e mulheres no que tange aos tipos penais (neutralização de gênero). Houve, ainda, a reforma ocorrida na lei 11.106/2005 que, entre outras alterações, retirou a denominação “mulher honesta” do Código Penal – que, de maneira literal, tal nomenclatura determinava que apenas aquelas mulheres que pudessem ser consideradas “honestas” em seus costumes poderiam ter a proteção legal. Contudo, tais alterações legislativas, por si sós, não têm o condão modificar, automaticamente, décadas de

práticas discriminatórias, deste modo, as relações autoritárias no que tange ao gênero ainda se encontram entranhadas no sistema penal².

Adotando como marco teórico a Criminologia Feminista crítica, é possível afirmar que o Direito Penal funciona através de uma ordem seletiva, de modo que não é qualquer pessoa que será considerada vítima ou agressora, mas apenas àquelas que se enquadram nos respectivos estereótipos. Esta seletividade também incide no julgamento dos crimes sexuais, sobretudo na seleção da figura da vítima, em que se leva em conta a vida sexual pregressa da mulher. Deste modo, caso a mesma não se adeque a moral sexual dominante, maior dificuldade terá a mulher para configurar o crime sexual, uma vez que, *prima facie*, o sistema penal não a encarará como vítima, ainda que sejam gritantes as provas fáticas da agressão sexual, não lhe dando, assim, a devida proteção legal - maneira pela qual se reforça a desigualdade de gênero e, *pari passu*, coloniza a liberdade sexual feminina a uma perspectiva patriarcal. Neste sentido, é questionável se o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, em especial o estupro, é, na realidade, a liberdade sexual da vítima ou a moral sexual dominante.

A fim de desenvolver este questionamento – discutir até que ponto o que é protegido pelos tribunais no julgamento dos crimes sexuais é a liberdade sexual da mulher ou a moral sexual dominante -, analisar-se-á o filme *Acusados*³ através do aparato teórico da Criminologia Feminista com fulcro de compreender, sucintamente, a questão de gênero, a dominação patriarcal e, por fim, a lógica opressora nos julgamentos dos crimes sexuais que corroboram a desigualdade de gênero. O filme em questão trata, justamente, de uma mulher, cuja moral sexual é questionada dentro do padrão patriarcal-androcêntrico, que, apesar de ter sido constrangida a manter conjunção carnal mediante violência (o que incidiria, na legislação brasileira na hipótese de estupro, art. 213, CP), encontra dificuldades em caracterizar o crime na Justiça, dificuldade esta que surge pelo fato de que sua liberdade sexual não se enquadra naquela exigida para a configuração de vítima de um crime sexual. Realizar-se-á a análise do referido filme, uma vez que a linguagem fílmica, ao postular uma realidade a sua maneira, às vezes, é um instrumento mais hábil para analisar os fatos do que um documento ou um livro propriamente (ARRIGUCCI, 2006, p.12).

² Entende-se por sistema penal Sistema Penal “um conjunto integrado de agências de poder”, que abrange o legislador ao indivíduo encarcerado (NEPOMOCENO, 2004, p.42).

³ Apesar de ser um filme estadunidense - logo, a realidade fática ali reconstruída e exibida ser atinente a uma sociedade diferente da brasileira -, acredita-se que, com os devidos cuidados, seja possível extrair inúmeras características que também se fazem presente no Brasil no que toca ao crime de estupro, que serão justificadas no percorrer do texto.

2 DA DOMINAÇÃO PATRIARCAL AO CONCEITO DE GÊNERO

A fim de compreender o meio pelo qual ocorre a manutenção das relações desiguais entre os gêneros em seu viés patriarcal no judiciário e, especificamente, no julgamento de crimes sexuais contra a mulher, é imperioso refletir como esta desigualdade se dissemina na sociedade, analisando a constituição histórica dos gêneros, *pari passu*, a força atual destes.

A sociedade brasileira, desde a colonização portuguesa, estruturou-se a partir do modelo patriarcal, isto é, desenvolveu-se um sistema no qual a figura masculina se encontra no centro, sendo as outras figuras sociais (mulheres, jovens, escravos, empregados etc.) colocadas em lugar de subordinação frente ao homem. Não obstante à dissolução do sistema colonial no Brasil, perdura, até hoje, o patriarcado, no entanto, não da mesma forma que se desenvolveu na era colonial, mas com as adequações devidas ao momento histórico. Percebem-se os ecos do patriarcalismo hoje, por exemplo, na dificuldade da mulher entrar no mercado de trabalho e, a ainda existente, diferenciação salarial entre homens e mulheres no mesmo cargo⁴. Esta dominação do masculino frente ao feminino não estava (e está) incrustada, apenas, na esfera privada, ou seja, na família, uma vez que este sistema de opressão masculina se reproduz, também, na esfera pública (NARVAZ; KOLLER, 2006, p.3), modo pelo qual o patriarcado privado se consubstancia em um patriarcado público.

O patriarcalismo encontra raízes na organização social da antiga sociedade romana, possuindo caracterização máxima no pátrio poder⁵. A expressão pátrio se refere ao patriarca, porém, deve se ressaltar que figura do patriarca não é, necessariamente, a do pai, apesar de muitas vezes ambas se confluírem, mas sim a expressão do poder da figura masculina na sociedade (NARVAZ; KOLLER, 2006, p.3). Frisa-se que perdurou até recentemente no Ordenamento Jurídico brasileiro esta expressão, tendo em vista que o Código Civil de 1916, que só foi substituído em 2002, no capítulo VI do livro I, tratava unicamente do, *ipsis litteris*, pátrio poder, fato este que aponta como elementos tipicamente de uma sociedade patriarcal perduram ainda.

⁴ Pesquisas recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que o rendimento da mulher é 28% menor do que os homens, isto significa que as mulheres ganham, em média, apenas o equivalente 72,3% dos homens. Sendo assim, os homens são mais bem remunerados que as mulheres. Fonte: <g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/03/salario-das-mulheres-permanece-28-inferior-aos-dos-homens-diz-ibge.html>

⁵ O instituto do pátrio poder no direito romano se referia ao direito de vida e morte do patriarca sobre seus escravos, sua mulher e seus filhos, de acordo com Engels (1991, p.50): “Famulus quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a família ‘id est patrimonium’ (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o *pátrio poder romano* e o direito de vida e morte sobre todos eles.” (*grifo nosso*)

Neste diapasão, compreende-se o patriarcado como um sistema de relações de poder de origens, sobretudo, romanas e que, modelando-se historicamente, manifestou-se, também, na maior parte das sociedades ocidentais até hoje, em que o homem é considerado autoridade, devendo as outras figuras sociais obediência, de modo que o gênero feminino se encontra numa relação desigual e hierarquizada de subordinação ao gênero masculino (BARBOSA, 2009, p. 42). Ressalta-se que não se pode cair numa perspectiva universalista do patriarcalismo, como se este sistema de dominação de gênero fosse universal, uma vez que a opressão das mulheres deve ser compreendido nos contextos culturais concretos, locais e datados em face de cada particularidade histórica, social, econômica e racial (BUTLER, 2007, p.5) ⁶.

Apesar de inúmeros direitos civis que as mulheres conquistaram nas últimas décadas, (a igualdade entre homens e mulheres positivada no art. 5º, I, CR; a igualdade de direitos e deveres dentro da sociedade conjugal prevista no art. 226, §6º, CR, dentre inúmeros outros) não significa que o patriarcado está derrocado, pois, a despeito de seu aparente declínio, o mesmo subsiste de forma mais sutil e latente. A título de ilustração, basta perceber como as mulheres não estão, no que toca à disposição do seu corpo, livres e desimpedidas dos vínculos patriarcais, uma vez que o corpo feminino - e, por conseguinte, o gênero feminino - se mostra subordinado ao olhar masculino⁷ (BOURDIEU, 2009, p.40).

A dominação do gênero masculino sobre o feminino, que permite a construção do esquema patriarcal, funda-se na premissa de que o homem seria superior à mulher natural e fisiologicamente. Neste sentido, funda-se esta opressão a partir de uma perspectiva de caráter apriorístico, tomando características estabelecidas nas relações socioculturais como naturais, e, assim, naturalizando esquemas sociais de percepção e, conseqüentemente, legitimando-o (BOURDIEU, 2009, p.17). Na diferenciação dos sexos biológicos, ou seja, na diferenciação anatômica entre os sexos residiria a justificativa da diferença de tratamento entre os homens e mulheres, como se este tratamento não fosse socialmente construído, mas oriundo da ordem natural das coisas. Destarte, esquemas cognitivo-subjetivos são objetificados para que se

⁶ Butler trabalha a questão de gênero de modo diferente do que aqui será trabalhada, no entanto, acredita-se que algumas críticas realizadas por ela tanto ao movimento feminista, quanto ao à teoria feminista são válidas, ainda que concepções diferentes. Para a compreensão do gênero como performatividade, ou seja, a identidade de gênero como oriunda sequência de atos performativos, Cf. BUTLER, 2007.

⁷ Aparentemente, as mulheres já possuem a liberdade dos seus corpos não estando mais presas ao vínculo doméstico, contudo, parece que, na realidade, agora se perfaz uma nova forma de dominação: a “prisão cosmética” da busca de um ideal de beleza inalcançável, que é vendido ininterruptamente pelo capitalismo. Desta forma, impõe-se que a liberdade de disposição do corpo estaria justamente na liberdade de se buscar aquele ideal de beleza vendido, todavia, isto nada mais é do que “uma outra forma de escravidão que se sustenta no ideal de mulher que nos vende e nos impõe o sistema do mundo capitalista patriarcal” (BLANCO, 2009, p.4, tradução nossa).

tornem naturais (BOURDIEU, 2009, p.20). Sendo assim, a dominação de gênero e, *pari passu*, o patriarcalismo reside sua justificativa em argumentos de caráter inatista (“as coisas são como são”), sejam eles de ordem biologicista, teológicos ou políticos.

No entanto, não existe nenhuma supremacia inata do falo que justifique a dominação do homem sobre as mulheres, pois esta suposta supremacia é construída e imposta socialmente. O sexo biológico, por si só, não se traduz em nenhum tipo de comportamento social, uma vez que estes são construídos no seio da sociedade, não sendo, de modo algum, naturais. Ocorre que, em cada cultura, existem operações de diferenciação que constroem os gêneros masculino e feminino (BOURDIEU, 2009, p.35), processos por meio dos quais se ressaltam e se estimulam determinadas condutas e comportamentos como típicas do gênero masculino e outras típicas do gênero feminino, sendo que se associam estes gêneros ao sexo biológico, respectivamente, macho e fêmea. É justamente nestes processos em que se constrói a subjugação da mulher pelo homem, uma vez que se cria uma figura feminina passiva, delicada, subserviente e a figura masculina como ativa, astuta, racional. A construção destes papéis sociais ocorrem desde a mais tenra idade, podendo percebê-los, na sociedade ocidental, a grosso modo, nas próprias brincadeiras infantis em que o brinquedo típico das meninas são as bonecas (imóveis e passivas, sempre obedecendo a ordens), sendo a própria brincadeira circunscrita ao âmbito doméstico, enquanto os dos meninos, via de regra, envolvem atividade física ou bonecos agressivos e violentos, além de serem praticadas no ambiente externo, na rua. Neste diapasão, cumpre lembrar a célebre frase de Beauvoir: “não se nasce mulher, torna-se” (1967, p.9).

Ao adotar esta perspectiva culturalista, torna-se impossível, assim como ocorre com o patriarcado, falar da mulher como categoria universal. Destarte, ao se discutir o gênero feminino e sua submissão social são necessários contextualizá-lo, pois a própria concepção do gênero feminino e do modo como se oprime as mulheres são específicos de cada região, cultura, raça e classe (BUTLER, 2007, p.6).

Além disso, a sociedade ocidental insere o homem como um referencial e, conseqüentemente, no centro social, estando, deste modo, as outras figuras sociais na periferia e subordinadas, assim, adotando uma visão de mundo androcêntrica (BOURDIEU, 2009, p.32). Nesse sentido, tem-se o androcentrismo como a imposição de um olhar masculino como referencial de orientação da sociedade.

Ademais, importa salientar que as características conferidas aos homens são relacionadas à atividade (coragem, bravura, razão) e às mulheres características relacionadas à passividade (frivolidade, fraqueza, emotividade), configurando, desta maneira, um binômio

ativo-passivo. Por sua vez, este binômio se reproduz na dominação de gênero, já que, dado a naturalização das características sociais, torna-se o macho legítimo e hábil, por ser ativo, dominar as fêmeas que, afinal, nasceram para ser dominadas, já que são passivas.

Esta divisão ecoa na organização social do espaço e do trabalho, de modo que o local produtivo e de representação, isto é, o espaço público - no qual reside aquilo que deve ser valorizado e visto (ARENDDT, 2007, p.61) - pertence aos homens, e, *contrario sensu*, o espaço privado - no qual é desprovido do valor que é dotado o público (ARENDDT, 2007, p.71) - é tipicamente feminino. Nesse sentido, aos homens cabem as trocas do capital social e às mulheres o capital simbólico, uma vez que o público é masculino, e o privado feminino. Portanto, o binômio ativo-passivo também se interfere na divisão social do trabalho e, *pari passu*, na divisão social do espaço (BOURDIEU, 2009, p.17 e 60).

Por fim, dois aspectos devem ser ressaltados. Em primeiro lugar, seria ingênuo olvidar que, atualmente, os gêneros masculinos e femininos já não são mais tão estanques como antes, de modo que as mulheres, dado a dinâmica sócio-histórica-cultural, vêm assumindo, na sociedade brasileira, postos antes típicos dos homens, nesse sentido, o gênero feminino passa a se inserir na esfera pública. Entretanto, a recíproca não é (tão) verdadeira. De fato, mais homens se dedicam às atividades domésticas, porém não da mesma forma que as mulheres, fato este que levam as mesmas a terem uma jornada dupla ou tripla de trabalho, em outras palavras, além de assumir o papel público (emprego, por exemplo), há, ainda, a acumulação do papel privado: a vida doméstica (cuidar da casa) e a familiar (organizar a vida da família).

Em segundo lugar, existem (como sempre existiram), dentro de universo patriarcal, mulheres que fugiram das amarras do gênero, uma vez que “lá onde há poder há resistência” (FOUCAULT, 2011, p.105). Sendo assim, as relações de força, no caso em tela, patriarcais são sempre dinâmicas e abertas às forças de resistência - irregularmente espalhadas em um determinado contexto histórico social -, que, bem ou mal, direta ou indiretamente, influem necessariamente naquelas, alterando-as e as modificando, ao ponto de provocar, às vezes, “levantes de grupos ou indivíduos de maneira definitiva, inflando certos pontos do corpo, certos momentos da vida, certos tipos de comportamento” (FOUCAULT, 2011, p.106). Neste diapasão, encontram-se mulheres, individualmente, e o movimento feminista, coletivamente, como um foco de resistência, aliado, também, a outros movimentos - a título de ilustração, o movimento de Lésbicas, Gays, Transgêneros, Transexuais, Travestis e Intersexuais (LGBTTTI) - contra o patriarcalismo, em busca de formas mais democráticas de poder, de relacionamento e de vida.

No entanto, estas resistências, em termos foucaultianos, de fato, atentam contra a ordem patriarcal, dentro de uma dinâmica relacional e cotidianamente, contudo, essa ainda impera com bastante força e violência na contemporaneidade.

3 O SISTEMA PENAL A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Como foi exposto no capítulo antecedente, a estrutura social patriarcalista organiza a sociedade brasileira, seja na esfera privada (família), seja na esfera pública (Estado), subjugando as mulheres a um papel de menos relevo e inferioridade social(mente) frente aos homens. O modelo patriarcal se legitima a partir de uma visão inatista dos gêneros, modo pelo qual naturaliza-se aquilo que é social. O Direito enquanto instituição do Estado atravessado por este patriarcado e, em especial no Direito Penal – o âmbito de análise deste artigo - este atravessamento fica latente tanto nas tipificações legais, quanto no modo como a mulher é tratada pelo Judiciário. Assim sendo, para discutir até que ponto os julgamentos dos crimes sexuais visam à proteção da livre expressão da liberdade sexual feminina ou à proteção da moral sexual dominante, importa, em primeiro lugar, discutir, adotando o aparato teórico da Criminologia Feminista crítica, a que efetivamente se destina o Direito Penal e, no capítulo seguinte, inserir a questão de gênero no Direito Penal para, no último capítulo, discutir, a partir do filme Acusados, o tratamento despendido às mulheres para os crimes sexuais contra elas cometidos.

O Direito Penal atual, construído a partir de uma matriz liberal, tem como objetivo manifesto a resolução de conflitos sociais para a proteção dos bens jurídicos de grande valor considerado socialmente, quando outros meios de controle social não se demonstram suficientes para resolução do conflito. Nesse sentido, o Ordenamento Jurídico penal possui uma natureza “peculiar de meio de controle social formalizado” (BITENCOURT, 2010, p.31). Portanto, deve este ramo do direito interferir quando o meio social se demonstrar insuficiente à resolução dos conflitos, assim como o controle pelos demais ramos do direito. Ademais, também possui o Direito Penal uma função de prevenção geral (a punição de um crime tem como objetivo desestimular a prática de outros, logo, tendo um papel intimidador), de prevenção especial (ao executar a pena sobre o condenado, deve-se socializá-lo e momentaneamente isolá-lo) e de retribuição (a pena deve retribuir ao agressor o mal feito à vítima) (TOLEDO, 2007, p.3). Por fim, importa ressaltar que o Direito Penal deve tratar todos de forma igual, em conformidade com o princípio da igualdade, e que o bem jurídico tutelado pela norma penal é de valor a todos da sociedade.

Sendo assim, no discurso oficial do Direito Penal, faz-se presente a ideologia⁸ da defesa social, que, por sua vez, legitima este ramo do Direito como meio de punição daquelas condutas supostamente antissociais, bem como apto a defender a sociedade contra os indivíduos “delinquentes” e “malfeitores” de um seio social supostamente pacífico, e que, ao serem julgados pelos seus crimes, serão tratados pela reação penal igualmente (BARATTA, 2002, p. 42). Esta ideologia, por sua vez, encontra ampla aceitação tanto dos juristas, quanto da sociedade, produzindo seus efeitos de exclusão, e, sendo, na maioria das vezes, recebida de forma acrítica.

Ocorre, porém, que ao se analisar este discurso oficial, que consubstancia a ideologia da defesa social, através da Criminologia crítica, percebe-se que estas funções, objetivos e características propugnadas ao Direito Penal são falaciosas, produzindo efeitos de exclusão social, uma vez que seu discurso produz um efeito distinto daquele declarado. Em primeiro lugar, o aparato punitivo está mais orientado para o funcionamento do sistema capitalista do que aquilo de fato propugnado pelo Direito. Em segundo lugar, o bem jurídico tutelado, dentro de uma sociedade plural, não necessariamente possui o mesmo valor a todos, uma vez que existem inúmeras subculturas, tal como propugnado pela teoria das subculturas criminais de Edwin Sutherland (BARATTA, 2002, p.69 ss). Em terceiro lugar, e, para os fins deste artigo, é a crítica mais importante, o Direito Penal funciona através de uma lógica seletiva, de forma que o princípio da igualdade não é cumprido, sendo assim, não é qualquer conduta que será tipificada como crime, nem é qualquer pessoa que será considerada como vítima ou criminosa, vez que, sobre estas operações, materializa-se uma seletividade classista e de gênero tal como será evidenciado.

Cumprir lembrar que o sistema penal surge concomitantemente com o capitalismo, sendo que este modelo econômico influencia de sobremaneira a definição do fato típico e da punição, ao ponto de que as práticas penais serem “determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas, e, conseqüentemente, fiscais” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.20). Sendo assim, o aparato punitivo é indissociável das necessidades do sistema econômico, de modo que a reação penal estatal se destina àqueles inadequados/marginalizados ao modelo de produção vigente, a título de ilustração, basta

⁸ Adota-se como conceito de ideologia “um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes a partir das divisões na esfera da produção”. (CHAUI, 2009, p.114). Ainda que tenhamos entre o referencial teórico do presente artigo o filósofo francês Michel Foucault (2011), que não trabalha com tal conceito, trazemos aqui a sua definição por nos acompanhar, também, nesta empreitada, os autores da criminologia crítica para os quais este conceito se mostra fundamental.

perceber o tratamento histórico dado à mendicância, que, com o desenvolvimento do capitalismo, deixa de ser tolerado e, de certo modo, valorado positivamente, passando a ser tido como crime (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.65). Além disso, dentro de uma sociedade dividida em classes sociais, o aparato jurídico-burocrático estatal se encontra nas mãos da classe dominante, esta, por sua vez, no sistema capitalista, é a burguesia dona dos meios de produção. Destarte, o sistema penal funcionou (e funciona) como um instrumento de dominação de classe, uma vez que ele é instituído pela burguesia para contenção da massa empobrecida e, conseqüentemente, manutenção do *status quo* de dominação (ANDRADE, 2003, p.61).

A partir da inserção do conflito de classe existente no Direito Penal, torna-se possível perceber a seletividade do mesmo, que é mascarada no discurso oficial por meio do princípio da igualdade. Esta seletividade se manifesta em dois momentos distintos e complementares e tem efeitos bastante concretos. A primeira seletividade ocorre na escolha da conduta tida como criminosa (*criminalização primária*); o legislador, ao selecionar a conduta que será tipificada, escolhe-a a partir de sua perspectiva classista, de modo que a repreensão penal seja mais rigorosa às condutas mais frequentes nas classes mais baixas do que nas classes mais altas (NEPOMOCENO, 2004, p.55-56). No Brasil, percebe-se facilmente este processo nas leis penais: as condutas contra o patrimônio corpóreo como o furto (art. 155, CP) e o roubo (art. 157, CP) – que são mais cometidas por pessoas de classes baixas do que classes altas – possuem penas mais severas do que condutas contra o patrimônio incorpóreo (delitos econômicos), acessível unicamente às classes mais altas, como, por exemplo, lavagem de dinheiro (art. 1º, lei 9613/98) etc.

A segunda seletividade, por sua vez, recai no momento que se escolhe quem será criminoso (*criminalização secundária*), uma vez que esta etiqueta não recai de forma igual na sociedade, tendo em vista a série de preconceitos que influem na seleção daquele que será apanhado pelo sistema penal (NEPOMOCENO, 2003, p.58). Isto significa que não basta o cometimento de um fato típico, jurídico e culpável para ser considerado criminoso, é necessário, também, que o estereótipo de vítima e de agressor se façam presentes no caso (ANDRADE, 2007, p. 60-61). Inúmeros são os momentos do processo persecução penal que esta seletividade secundária incide, desde o delegado ao juiz, e é balizada pelo *second code* (código ideológico), que é construído a partir de preconceitos e estereótipos, existentes no seio social, da imagem de quem pode ser a vítima e de quem pode ser o criminoso. Tanto assim o é que pesquisas indicam que, dependendo da classe social que o réu pertence, os magistrados abrandam a pena quando se tratar de alguém de classe mais alta ou a tornam mais

severa quando o réu é de classe mais baixa (BARATTA, 2002, p. 178). Assim sendo, ao julgar, os magistrados se vem, consciente ou inconscientemente, orientados por este código ideológico de quem é o criminoso e quem não o é.

Na realidade, o sistema penal é construído para não funcionar, ou melhor, para funcionar de uma maneira específica que vem *ao* encontro das necessidades do sistema capitalista e *de* encontro aos princípios pregados pela legislação. Ademais, caso fosse punir todos os crimes que são realizados diariamente, o sistema entraria em colapso, tendo em vista que não há servidores o suficiente, muito menos estrutura física suficiente para punição de tantos crimes. Portanto, ao contrário do que se imagina, a impunidade é a regra (ANDRADE, 2003, p.51). Ademais, existe uma série de crimes que, apesar de ocorrerem, não são relatados a polícia ou, quando relatados, não investigados pelo delegado, sendo que nem todos os crimes investigados transformam-se em denúncias do Ministério Público, bem como não é toda denúncia que é recebida pelo juiz e, por fim, não é todo mandado de prisão que é cumprido pelos oficiais de justiça ou delegado. No curso deste longo processo que se segue (da denúncia ao mandado de prisão), uma série de seletividades é operada, de modo que inúmeros crimes não são punidos e sequer investigados, formando-se uma cifra negra de criminalidade (THOMPSON, 2007, p.19).

De fato, a Criminologia Crítica é bastante feliz em suas análises acerca do Direito Penal, uma vez que a inserção da luta de classe na crítica deste ramo traz à tona inúmeras práticas que são mascaradas pelo discurso oficial. Todavia, inserir apenas a questão de classe é ainda insuficiente para a devida compreensão do sistema penal. Dentro de uma sociedade patriarcal e androcêntrica como a brasileira, tal como foi proposto no capítulo anterior, faz-se mister inserir a questão do gênero na crítica ao Direito Penal, que, via de regra, é silenciada, assim como a questão de classe. Lança-se mão, então, da Criminologia Feminista na qual inseriu em suas análises do sistema penal a questão de gênero.

4 A QUESTÃO DO GÊNERO INSERIDA NO DIREITO PENAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que, tal como já foi dito neste artigo, o patriarcado influi não só no âmbito privado, mas, também, na esfera pública de modo que se consubstancia um patriarcado público e privado, ou seja, a dominação do gênero masculino sobre o feminino também se opera nas instituições formais (Escola, Estado, dentre outras) (BOURDIEU, 2009, p.102-103). Sendo assim, o Direito enquanto instrumento do Estado de resolução de conflitos não fica imune ao patriarcalismo, recebendo, então, uma carga do

patriarcado privado em sua constituição e *praxis*. Desta forma, apesar do discurso oficial se apresentar neutro no tocante ao tratamento dos gêneros, na realidade, o Direito é orientado por uma visão androcêntrica de mundo expondo as mulheres às relações de subjugação. Percebe-se que estas ocorrem em diversos seguimentos do Direito, por exemplo, no direito de família no qual está cristalizado o modelo familiar mononuclear burguês (restrito a pai, mãe e filhos, com suas funções predeterminadas em uma concepção de mundo burguesa) ou no direito do trabalho no qual a prostituição não é regulamentada como profissão.

Em especial no Direito Penal, a questão de gênero se faz latente tanto nas condutas que são criminalizadas, quanto na forma que os tribunais tratam as mulheres. Apesar de não se poder afirmar que o direito é masculino, já que se resvalaria em uma perspectiva essencialista não condizente com a linha de pensamento que aqui se adota, o Direito Penal, em uma perspectiva analítica, é masculino (BARATTA, 1999, p.46).

No que toca às criminalizações primárias, o objetivo das normas penais, grosso modo, é a tutela das relações de trabalho produtivo, da propriedade e da honra, logo, tratam-se de questões atinentes à ordem pública, já as questões de família e de procriação, isto é da ordem privada⁹, não encontram respaldo neste sistema de controle formal, restando ao controle social informal – o patriarcado privado (BARATTA, 1999, p.45-46). Portanto, o Direito Penal visa a constranger condutas que são típicas do gênero masculino na esfera pública - furto (art. 155, CP), roubo (art. 157, CP) e vadiagem (art. 59, LCP) -, sendo que as condutas das mulheres, enquanto intérpretes femininas, só são criminalizadas quando atentam contra a ordem patriarcal instituída, por exemplo, as criminalizações do aborto (art. 124, ss, CP), do infanticídio (art. 123, CP) só importam ao Direito Penal, uma vez que atingem à ordem patriarcal e, bem ou mal, à capitalista¹⁰, já que impedem ou atrapalham a transmissão da propriedade para os herdeiros, além de ser um indivíduo a menos para ingressar no processo produtivo capitalista (BARATTA, 1999, p.49).

No tocante à criminalização secundária, o papel da mulher no Direito Penal é prioritariamente de vítima, apenas excepcionalmente e residualmente que a mulher ocupará a

⁹ De fato, o Direito Penal até há pouco tempo criminaliza(va) algumas condutas relacionadas à família, todavia, eram condutas que atentavam contra à família monocluclear burguesa - por exemplo, o adultério (art. 240, CP), que foi revogado, e a bigamia (art. 235, CP), que continua em vigor -, logo, o que se tutela, na realidade, não é a proteção a qualquer núcleo familiar, mas a proteção do modelo familiar patriarcal, assim como a defesa dos “bons” costumes, tanto é que conforme já se apontou a lei fazia referência a expressão “mulher honesta”. Cabe ainda frisar que, até recentemente, as mulheres agredidas não possuíam nenhuma proteção em especial (não se trata aqui de uma defesa da Lei Maria da Penha, lei 11.340/2006), já que a elas incidia unicamente o controle social informal.

¹⁰ Importa lembrar que há uma forte interseção entre o surgimento do formato moderno da família nuclear burguesa e dos modos de produção e socialização capitalista industrial e estatal. Neste sentido, ver os clássicos estudos de Engels em “A Origem da Família, do Estado e da Propriedade Privada”. Cf. ENGELS, 1991.

posição de criminosa, isto ocorre, pois, o gênero feminino é, como explicado anteriormente, visto como passivo, desta forma, impossibilitado de ocupar a posição de criminosa (ativa). Ademais, quando a mulher está no banco do réu, logo, é acusada de algum crime, muitas vezes exsurtem fatores que retiram ou diminuem o caráter criminoso da conduta praticada, como, por exemplo, o estado menstrual, hormonal, quiçá, a argumentação no sentido da loucura, retirando, de alguma maneira, o caráter de criminoso e inserindo o de vítima – afinal, por esses motivos, a mulher não teria tido “culpa” daquele fato criminoso (ANDRADE, 2007, p.65-66). O estereótipo feminino, então, que impera no sistema penal é a da mulher vitimizada que necessita da proteção estatal, tanto assim o é que aquelas mulheres cumpridoras do seu papel de gênero – frisa-se que é social autoritariamente estabelecido – possuem um tratamento abrandado por parte dos juízes, já aquelas que rompem esta barreira de gênero – o que simboliza a falha do controle social informal do patriarcado – possuem um tratamento mais severo do que as primeiras (BARATTA, 1999, p.50-51).

Desde já se percebe que o “bônus” da vitimização (ANDRADE, 2007, p.) só é conferido às mulheres que cumprem e respeitam o seu gênero feminino (im)posto, logo, sendo uma abordagem claramente seletiva, pois, aquelas que ultrapassam as barreiras impostas, o sistema penal as trata com rigor acentuado na forma de uma dupla punição: pelo crime e por não se comportarem como “mulher”.

Atenta-se que o estereótipo de mulher vitimizada é, muitas vezes, reproduzido pelas mulheres encarceradas que calcam a culpa da entrada no universo criminoso aos homens com as quais se relacionavam – assim, diminuindo “culpa” por ser, então, criminosa –, fato este que retroalimenta o estereótipo de vítima e reconhece, a si mesmas, o papel de gênero destinados a elas (FRINHANI; SOUZA, 2005, p.73). Ademais o próprio movimento feminista, no seu pleito reivindicatório, põe-se como vítimas que necessitam urgentemente da ação do Estado (como no caso da Lei Maria da Penha), olvidando, contudo, que este Estado é a ramificação do patriarcado privado, de modo que ocorre a substituição da autoridade masculina doméstica (pai, marido etc.) pela autoridade masculina pública (juízes, desembargadores, promotores etc.) (ANDRADE, 1999, p.116).

Ademais, ainda no tocante ao tratamento despendido às mulheres pelo sistema penal, até recentemente, muitos tribunais acolhiam a tese da legítima defesa da honra quando o marido encontrava a sua esposa na cama com outro homem e desferia, contra a primeira, violência física ao ponto de chegar, até mesmo, a morte (PANDJIARJIAN, 2002, p.10-11). Significa, então, que a mulher adúltera não mereceria a proteção penal, uma vez que o seu

comportamento justificaria a atitude violenta do marido¹¹. Ademais, está incrustada na cultura androcêntrica brasileira a ideia de que o a honra feminina é um prolongamento da honra masculina (STRECK, 1999, p. 92), o que não deixa de configurar a objetificação da mulher frente ao homem.

Pelo exposto, o sistema penal, tanto em sua criminalização primária, quanto em sua criminalização secundária, tem como fim a manutenção do *status quo* de dominação de classe e de gênero, uma vez que este é orientado por uma visão androcêntrica de mundo (ANDRADE, 2007, p.65). Atinente aos crimes sexuais, o patriarcado se manifesta ainda com mais força, uma vez que, no processo de criminalização secundário, incide uma seletividade que leva em conta se a vida sexual pregressa da mulher condiz com a moral sexual dominante e se esta se coloca da maneira adequada em seu papel de gênero, de modo que resta dúvida até que ponto o bem jurídico tutelado pelos tribunais é a liberdade sexual ou a moral sexual. Para avançar na discussão deste aspecto, analisar-se-á o filme Acusados, no qual será possível vislumbrar os elementos até aqui apontados bem como aqueles específicos dos julgamentos de crimes sexuais.

5 ENTRE VÍTIMAS E CULPADAS

As considerações que aqui serão realizadas têm como base, sobretudo, as análises realizadas por Andrade (1999, 2003, 2007), que focou seus estudos com mais ênfase no contexto da década de 80 e 90, e Pandjarian (2002), que se focou na década de 90 até início dos anos 2000. Apesar de serem análises de contextos temporais de mais de uma década, são estes estudos ainda importantes e atuais, uma vez que a situação atual da mulher não alterou nesta última década ao ponto de se haver uma total igualdade entre os gêneros, estando, portanto, ainda inserida em um contexto de dominação patriarcal. Além disso, inúmeros apontamentos trazidos pelas autoras são ainda bastante congruentes com a atualidade jurisprudencial. Ressalta-se que, dentre os inúmeros crimes sexuais existentes na lei (assédio sexual – art. 216-A -, ato obsceno – art. 233, CP), o foco deste artigo se dará no crime de estupro, pois consideramos que este é o crime mais aviltante e cujo efeito é o mais agressivo ao corpo da mulher e ao seu psicológico.

Tantos anos de opressão realizada tanto pelo direito positivo, quanto pela jurisprudência e doutrina não seriam, no curso da última década, evaporado repentinamente.

¹¹ Sobre o assunto, em excelente pesquisa jurisprudencial Cf. MORGADO, 2009.

De fato, muitos magistrados, hoje, tentam ser mais democráticos na proteção da mulher vítima de estupro, no entanto, há ainda fortes resquícios do patriarcalismo latente nas práticas sociais e jurídicas. Neste sentido, urge ainda analisar como se julgava há uma década (ou até hoje em julgados mais específicos), sobretudo, em um contexto social em que perspectivas de vida mais conservadoras e fundamentalistas crescem largamente no Brasil.

Ademais, as conquistas das mulheres por igualdade de gênero ainda não estão sedimentadas socialmente ao ponto de se obter plena igualdade entre homens e mulheres, fato este que repercute no Judiciário. Desta forma, as lutas devem continuar no cotidiano em virtude das dinâmicas relacionais de poder que insistem oprimindo as mulheres a um papel social que muitas vezes é eivado de violência. Frisa-se, ainda, que a jurisprudência é sempre oscilante, de modo que, às vezes, há decisões cujo caráter é inovador, enquanto há outras mais conservadoras, isto ocorre pelo fato de que elas possuem uma “dinâmica própria, de movimentos contraditórios, e por isso compõem um universo heterogêneo permeado de avanços e retrocessos” (PANDJIARJIAN, 2002, p.8). Importa destacar, por fim, que a jurisprudência, atualmente, tem um papel fundamental na declaração de direitos às minorias sexuais (o exemplo mais recente é a decisão da ADPF nº 132, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável de casais homoafetivos), tendo, portanto, um papel positivo que merece ser aplaudido.

Recentemente, a lei 12.015/2009 alterou significativamente o tratamento dos crimes sexuais. Em primeiro lugar, modificou a nomenclatura do título nos quais estes crimes se localizavam de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”. Fato este que é uma conquista, uma vez que o discurso produz efeitos e postulou-se, ao menos no nível do texto legal, que o bem jurídico tutelado pela norma penal não são os costumes, mas sim a dignidade sexual das pessoas. Em segundo lugar, o legislador realizou uma neutralização de gênero no tipo penal do estupro e de violação sexual mediante fraude, de modo que podem configurar como agressor e vítima tanto o homem, quanto a mulher.

Ressalta-se que o crime de atentado violento ao pudor (art. 214, CP) foi abolido nesta reforma, no entanto, esta figura típica foi inserida no próprio crime de estupro. Todavia, a interpretação dada pela jurisprudência e pela doutrina para este tipo penal é claramente patriarcal e com vistas à proteção da família nuclear burguesa, isto porque a primeira parte do dispositivo legal “conjunção carnal” designa apenas o coito vaginal reprodutivo, não contemplando, nesta expressão, outras modalidades sexuais, tão violentas quanto, porém não reprodutivas, como o coito anal. Já a parte final do dispositivo, “ato libidinoso”, inserem-se todas as outras formas de violência sexual, como o sexo anal ou oral. Independentemente da

pena para “conjunção carnal” e “ato libidinoso” ser a mesma, é inegável que a diferenciação entre ambas é oriunda de uma interpretação patriarcalista, afinal, apenas o coito vaginal reprodutivo é considerado propriamente uma *conjunção carnal*, sendo as outras modalidades sexuais apenas *atos libidinosos*. Desta maneira, a primeira expressão é destinada unicamente as mulheres (BITENCOURT, 2011, p.46 ss). Destarte, apesar das reformas, insiste-se, ainda, uma interpretação típica do patriarcado, sinalizando que apenas as alterações legislativas não tem o condão de realizar mudanças sociais.

A reforma trazida pela 11.106/2005 também trouxe mudanças nos crimes sexuais, uma vez que operou a abolição alguns crimes de caráter tipicamente patriarcalista – a título de ilustração, o crime de sedução -, e retirou o termo “mulher honesta” de alguns crimes. Frisasse, mais uma vez, que até 2005 vários crimes possuíam expressamente o termo “mulher honesta” em seu tipo penal, percebe-se, assim, o quanto são escandalosamente recentes tais transformações do Código Penal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os crimes sexuais, em especial o estupro, é mais comum do que se imagina¹² e, a despeito do que se prega no senso comum, os agressores, na maioria dos casos, não são desconhecidos/anônimos que possuem um apetite sexual irrefreável, uma vez que a maior parte das violências sexuais são realizadas por conhecidos das mulheres (pais, parentes, amigos, chefe), sendo ainda que, a motivação do estupro, muitas das vezes, não é para satisfação sexual do estuprador, mas para violentar e humilhar a vítima (ANDRADE, 2003, p. 94-96). Deste modo, o estupro é um ato “que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou satisfação sexual. Ele é um comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais” (KOLODNY, MASTERS; JOHNSON, 1982 apud, ANDRADE, 2003, p. 96).

No entanto, há uma intensificação da cifra negra para o caso de mulheres violentadas sexualmente no âmbito doméstico que, por vergonha ou qualquer outro motivo, não traz à tona estas violências, fato este que corrobora com o estereótipo de estuprador ser um desconhecido¹³. Portanto, não é o agressor um sujeito anormal e anônimo que necessita, como pena, de uma castração biológica (como, às vezes, milita-se de maneira desgovernada) para a contenção de seus “instintos sexuais”, mas uma pessoa tida socialmente normal e, muitas vezes, próxima à vítima que, para agredir, impor ou intimidar a mulher, realiza um ato

¹² Apenas no Rio de Janeiro, ocorre, em média, 10 estupros por dia, um número bastante alarmante, sendo que, em 50,5% o estuprador era conhecido da vítima, 29,7% tinham parentesco com a vítima. Fonte: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/04/numero-de-estupros-no-rj-cresceu-25-em-2010-diz-isp.html>

¹³ Em excelente estudo, Vargas aduz que a maior parte dos crimes de estupro não denunciados e, na grande maioria, o agressor ou é um conhecido, o próprio pai ou marido da vítima. Cf. VARGAS, 1999.

sexual contra a vontade dela, atos que seguem os parâmetros típicos de uma sociedade claramente patriarcal e androcêntrica.

Como afirmado anteriormente, analisar-se-á unicamente o crime de estupro e sua lógica patriarcal de julgamento e, para tal mister, lançar-se-á mão da análise do filme *Acusados*. Cumpre, então, proceder a um relato sucinto do filme para que se torne possível, no decorrer do texto, pontuar as questões que ocorrem nos julgamentos de estupro no caso do Judiciário brasileiro.

Sarah Tobias (brilhantemente interpretada por Jodie Foster, papel este que lhe rendeu o primeiro Oscar de melhor atriz em 1989) é uma mulher cuja sexualidade e comportamento não se prendem aos padrões impostos ao seu gênero, assim, realizando condutas que não são típicas – ou até mesmo permitida - às mulheres no contexto e na época do filme, tal como, consumo de álcool e drogas, ida a bares, à noite, desacompanhada em busca de diversão, possuir uma posição ativa no tocante aos relacionamentos - até sua aparência não se enquadra na figura recata-tímida imposta ao gênero feminino, tendo, inclusive, sensualidade em seu modo de portar. Após uma briga com o namorado Larry (Tom O'Brien), Sarah se dirige sozinha a um bar no qual a amiga Sally (Ann Hearn) trabalha. Dentro do mesmo, ela consome álcool com amiga, bem como maconha com um rapaz. Logo depois, Sarah flerta com alguns homens, mas, em nenhum momento, invita-os sexualmente, ainda que estivesse dançando sensualmente frente a todos do bar. Justamente neste momento no qual dançava, um dos rapazes com o qual ela paquerava começa beijá-la contra a vontade dela e a põe sob a máquina de *pinball*¹⁴, passando, posteriormente, a manter relações sexuais com ela apesar da mesma resistir – isto é, o rapaz passa a estuprá-la.

Não somente a Danny (Woody Brown) a estupra, como os demais homens presentes no bar estimulam outros rapazes a manterem relações sexuais com Sarah sem o consentimento dela e, neste influxo de violência, outros dois a estupram consecutivamente Bob (Steve Antin) e Kurt (Kim Kondrashoff). Portanto, Sarah Tobias é estuprada por três homens na mesma noite. No entanto, os rapazes que aplaudiam e estimulavam o crime, alguns deles, como Cliff Albrecht (Leo Rossi), não viam aquela relação sexual como se fosse contra a vontade dela. No pensamento deles, Sarah com o seu comportamento sensual (dançar) estaria invitando os homens ao sexo, e, durante a prática, estaria a mesma gostando. Percebe-se, então, que a livre disposição do corpo é encarada como um chamativo ao estupro, como se Sarah, ao ter um tipo

¹⁴ Ressalta-se que o desenho esculpido nesta máquina era de uma mulher, sensual e provocante, sentada sob uma cesta de basquete com a mão de vários homens tentando apanhá-la, o que nada mais indica uma reificação da mulher como objeto sexual dos homens– fato este percebido pela Dr. Murphy.

de comportamento que não se enquadra ao imposto às mulheres, estaria querendo aquela prática.

Sarah, por sua vez, consegue escapar enquanto o terceiro homem a estupra. Após arranjar auxílio, realiza o exame de corpo de delito. Neste momento, aparece Kathryn Murphy (Kelly McGillis) que torna advogada de Sarah para realizar a acusação na justiça. Por sua vez, a vítima do estupro narra o que aconteceu a Kathryn, e esta, desde já, fala da dificuldade que se terá para provar o estupro aos jurados, já que a utilização de álcool e de drogas “dificultaria” a caracterização do estupro. Ademais, Kathryn afirma, também, que Sarah constituiria um bom testemunho pelo tipo de comportamento e vida que ela possuía.

Após entrar em contato com os patronos do réu, a advogada de acusação Kathryn Murphy, ao realizar a barganha da pena com a parte contrária, percebe o quanto será difícil configurar o estupro. Como o desejo dela e de Sarah era encarcerar os três estupradores, barganha-se que a pena destes seja mais baixa, bem como seja inserido outro crime na ficha criminal que não fosse estupro – que, no caso, fora colocar terceiro em perigo -, tendo em vista que a inserção de um crime sexual na ficha do universitário Bob seria péssima para sua carreira. Diante disso, Sarah fica indignada, afinal, é uma minimização daquilo que ocorreu. A fim de reverter a situação, a advogada resolve propor algo inédito até então, acusar aqueles que estimularam o estupro no crime “incitação ao crime”. Apesar de muitas dificuldades, uma vez que o depoimento de Sarah era fraco pelo seu estilo de vida. Por fim, Sarah consegue encarcerar três homens, dos vários, que incitaram o estupro contra ela, tudo graças ao testemunho de Ken Joyce (Bernie Coulson) que assistiu a cena do estupro, porém, não concordando com o mesmo ligou por socorro.

Sucintamente, esta é a história do filme e, dentre os inúmeros aspectos relevantes, selecionar-se-á alguns como objeto de análise.

Independentemente de Sarah Tobias, na noite do crime, ter se insinuado para os homens ou ter dançado sensualmente, pouco importa, uma vez que, no momento em que a requisitaram para ter uma relação sexual, Sarah negou e, inclusive durante o estupro, por diversas vezes ela disse “não”. Contudo, os homens que a estupravam e assistiam/encorajavam ao estupro, não encaram a negativa dela como, de fato, uma negativa; desta forma, a sua negação, ou não foi respeitada, ou não foi interpretada como tal. Nesse sentido, cumpre lembrar que, tanto na realidade brasileira, quanto na estadunidense e canadense, há a ideia incrustada no imaginário social de que, quando a mulher diz “não”, ela quer dizer “talvez”, e quando diz “talvez”, ela quer dizer “sim”, como se a mulher nunca quer dizer de fato “não” (ANDRADE, 2003, p.100). Desta forma, recusar uma investida amorosa

ou sexual, na realidade, significaria um jogo de sedução entre o homem e a mulher – e é justamente o que ocorre no filme, os homens presentes no bar, quando viram Sarah dizendo “não”, aliado ao comportamento que ela já havia demonstrado, encararam como se fosse um jogo de sedução. Frente a esta situação, na década de 90, foi maciça a campanha publicitária no sentido de que “não significa não” (*no means no*, no literal) na mídia da América do Norte (OLIVEIRA, 2008, p.52), justamente no sentido de retirar esta ideia da sedução existente no “não”, bem como dar voz e/ou autoridade não só às recusas femininas a qualquer investida, mas também no seio social, de modo que as mulheres possam se impor e serem respeitadas.

Nesta esteira, importa lembrar que algumas pesquisas indicam que os operadores do sistema penal, bem como a sociedade em geral, veem a afirmação de ser vítima de estupro por parte da mulher como um meio de se vingar do parceiro ou algum modo de prejudicá-lo, estando, portanto, a mulher “inventando” o crime¹⁵. Sendo assim, o descrédito da voz feminina não só estaria na recusa para investidas de cunho amoroso-sexual, mas, também, em suas afirmativas e expressões, de modo que, aquilo que é afirmado pelas mulheres, muitas vezes é encarado com suspeitas – fato este cuja repercussão, no judiciário, é bastante cruel.

As suspeitas, por sua vez, incidem inclusive quando a mulher recorre ao judiciário em busca de proteção. No entanto, o nível de crédito dado a elas não se dera de forma isomorfa, ocorrerá, pois, uma seletividade sobre quais mulheres terão maior ou menor crédito, que serão ou não encaradas com mais suspeitas – a este fenômeno, Andrade (2003, p.99) chama de “hermenêutica da suspeita”. Aquela que não se enquadra no respectivo estereótipo feminino mais será a suspeita, maior será o descrédito, ela não será tida como confiável – uma “boa testemunha”, como insistentemente afirmava-se à Sarah Tobias. Para adquirir essa confiança, a mulher é obrigada a passar por uma longa humilhação através da vasculha do seu passado, da sua moralidade, da sua vida sexual (ANDRADE, 2003, p.100). A suspeita que se recaía em Sarah, por ter fugir daquilo imposto às mulheres, era tão grande que nem valia a pena, como foi afirmado pelos advogados dos estupradores e, bem ou mal, corroborado por Kathryn, levar o caso dela ao judiciário, vez que a vida regressa dela a condenaria – tanto assim o é que quando a advogada visita Sarah, Dr. Murphy surpreende-se pela ficha criminal e pela vida sexual pregressa dela, avisando a Sarah que tudo isso seria trazido ao tribunal, além de que será encarado negativamente, apesar de ser uma prova ilegal.

¹⁵ Consideração esta que explica a “má vontade dos investigadores e delegados de Polícia, que tendem ver as denúncias de estupro como uma fantasia de mulheres histéricas e vingativas, quando o acusado não se enquadra no estereótipo de ‘anormal’” (ARDAILLON; DEBERT, 1987 *apud* ANDRADE, 2003, p.100).

Sendo assim, é exigido da mulher que se declara vítima – porém, não se enquadra em tal estereótipo e, conseqüentemente, aquilo imposto ao gênero feminino - de um crime sexual traga provas cabais de que ela fora vítima do crime – sendo que essas também serão vistas com suspeitas, basta perceber o caso referente à Sarah que, a despeito de ter o exame de corpo de delito demonstrando a violência, é avisado a ela do risco da causa ser julgada improcedente -, sob pena de não se configurado o crime. Percebe-se, então, que o Judiciário ao invés de proteger as mulheres, produz um efeito justamente reverso, pois, por ser um ambiente tipicamente do gênero masculino, reproduz a violência de gênero. Destarte, ao recorrer à proteção do sistema penal por ter sido violentada, a mulher se insere dentro de uma engrenagem tipicamente masculina que, por sua vez, reproduz os estereótipos existentes na sociedade (por exemplo, através da hermenêutica da suspeita). Desta forma, a mulher se encontra refém de uma instituição masculina que a observa por meio do androcentrismo e que reproduz a violência de classe e de gênero – lembre-se que Sarah Tobias era pobre e um dos seus estupradores era um rapaz da universidade, bem como o peso que é dado ao depoimento de Ken, *homem e universitário*, cujas declarações são decisivas para que a causa seja julgada procedente, vez que apenas o depoimento de Sarah não possuía peso o suficiente para tanto¹⁶.

Ademais, fica claro, no filme, que não se julga unicamente os fatos no curso de um processo penal, pois se julga, também, os estereótipos que ali estão envolvidos – de vítima e de criminoso -, tanto assim o é que a barganha da pena para menos gravosa, assim como o não enquadramento do crime de estupro pelo crime de “expor terceiros a perigo”, dada à descrença de que os jurados se enquadrassem no crime de estupro perante o júri frente ao comportamento de Sarah. Neste sentido, no tratamento de crimes sexuais, mais do que se julgar os fatos, julgam-se as pessoas envolvidas e, sobretudo, seus estereótipos – fato que inverte o principal princípio do Direito Penal: ao invés de julgar *in dubio pro reo*, na realidade, há o *in dubio pro stereotipo* (PANDJIARJIAN, 2002, p. 16). Evidencia-se, destarte, que perspectivas morais incidem no julgamento de crimes sexuais (PANDJIARJIAN, 2002, p.8).

Pelo exposto, o Direito Penal duplica a violência feminina, pois, somada a violência que ela sofreu faticamente, ao ingressando no sistema penal em busca de “justiça”, ao invés de ser julgado o fato unicamente, quem é julgado é o agressor com seu estereótipo e a própria

¹⁶ O estupro de Sarah Tobias apenas é reconstruído para o público, isto é, o *flashback* da violência sexual só é realizado quando Ken Joyce depõe para o júri, até então, tinha-se, apenas, os fatos relatados pela vítima – que, apesar de ter também dado depoimento, não é sua fala que reconstrói o incidente ao público. Uma interpretação possível é que a palavra masculina de Ken é a mais apta a demonstrar o que faticamente ocorreu, vez que ela é dotada de maior credibilidade, enquanto o depoimento de Sarah é inserido na lógica da hermenêutica da suspeita.

mulher em suas condutas e, em especial, a conduta sexual, devendo esta provar que ela foi vítima. Portanto, está o Direito Penal aliado ao controle social informal na conservação da dominação de gêneros (ANDRADE, 2003, p.103 e 119).

Além disso, importa, ainda, frisar que não unicamente será julgado se a mulher se enquadra ou não no devido estereótipo, mas, perversamente, também a sua vida sexual pregressa, isto é, dependendo do grau de liberdade sexual e disposição de seu corpo, considerar-se-á a mulher de um modo ou de outro no tocante ao julgamento de crimes sexuais. Caso a vítima tenha uma vida sexual de acordo com o que a moral sexual impõe, mais facilmente conseguirá ela se enquadrar como vítima e com menos suspeitas será encarada, entretanto, caso contrário, isto é, o nível de liberdade sexual da vítima seja em dissonância ao prescrito, tal como Sarah Tobias, com mais dificuldade um crime sexual será configurado. Neste sentido, configura-se aquilo que Andrade (2007, p.68) e Pandjarian (2002, p.13) chamam de “lógica da honestidade”, ou seja, apenas a mulher tida como “honestas”, a grosso modo, será considerada vítima. À Sarah, ao fugir da suposta honestidade sexual do gênero feminino, com maior força incidia a hermenêutica da suspeita, bem como se tornou mais difícil a configuração do crime de estupro – frisa-se que não se trata de um fenômeno exclusivo do judiciário, tendo em vista que os advogados de acusação e defesa, e, de certo modo, aquela sociedade, encaravam o caso de Tobias com parcimônia. Desta maneira, a prova de que a vítima fora estuprada não reside unicamente nos fatos, mas, também, na moral sexual da vítima (ANDRADE, 2007, p.69).

A despeito de todas as considerações até aqui então feitas a respeito da nocividade do sistema penal patriarcal atual, muitas vezes o movimento feminista se põe a favor de novas criminalizações, porém, tal fato apenas duplica a dependência feminina, uma vez que, ao se recorrer ao Estado, ocorre a substituição dos controles masculinos – do controle privado para o controle público (ANDRADE, 2007, p.74). Desta forma, não devem as mulheres encarar o Estado como “capaz de reverter a orfandade social” (ANDRADE, 2003, p. 122), tendo em vista que, ao invés de se atingir a emancipação de gênero, duplica-se a dependência, não libertando as mulheres dos grilhões patriarcais.

Até recentemente, inúmeros eram os tipos penais impediam de alguma maneira o livre exercício da sexualidade feminina (PANDJIARJIAN, 2002, p.7) e estes foram, lentamente, sendo derogados pelo legislador. Na realidade, mais do que preocupar com a dignidade da mulher, preocupava-se com a honra da família patriarcal e com o que tais tipos de comportamentos provocaria à família. Destarte, na realidade, o real objeto de tutela da norma era a unidade familiar burguesa, e não a liberdade sexual da mulher (ANDRADE,

2003, p.104). Contudo, não basta unicamente retirar a norma do Ordenamento Jurídico, é necessário, também, remodelar as práticas judiciárias. De fato, a jurisprudência atual tem, por vezes, tido um papel bastante positivo no tocante aos direitos civis de minorias sexuais, contudo, pode-se afirmar que cambaleia no que concerne aos crimes de natureza sexual.

Por fim, a questão da violência contra mulher deve ser inserida numa perspectiva macro, pois o estupro é apenas uma ponta (bastante agressiva de fato) da violência de gênero que ocorre diariamente contra as mulheres (OLIVEIRA, 2008, p.62-63). Este crime é um, dentre dos vários, elemento da estrutura de dominação social de gênero, sendo assim, não se deve encarar unicamente a agressão sexual como um problema específico, mas encarar o estupro como um dos inúmeros meios de agressão às mulheres dentro de um problema geral de gênero (ANDRADE, 2007, p.72). Além do mais, quando a questão feminina chega aos tribunais, não se discute o problema de desigualdade entre homens e mulheres, discute-se, unicamente, um problema específico, olvidando-se da perspectiva macro (STRECK, 1999, p.83).

6 CONCLUSÃO

O denominado patriarcalismo, que surge nos primórdios do social e, no Brasil, desde a colonização portuguesa, permanece na contemporaneidade como modelo de imposição de força e subjugação das formas de vida femininas e/ou que difiram do gênero masculino. Ainda que se tenha nas dinâmicas relações sociais de poder os movimentos de resistência e mudança que colocam a mulher, por vezes, em um patamar mais libertário nas relações de gênero, as práticas sociais ainda permanecem permeadas e atravessadas pelas relações autoritárias, por vezes sutis e latentes, porém insidiosas, e muitas vezes violentas em seu caráter mais visível.

Neste passo, as práticas judiciárias, inseridas como estão no social, atravessadas pelas produções de subjetividades presentes e construídas no cotidiano, não se furtam às relações de poder, pelo contrário, o Judiciário é permeado pelo patriarcalismo, colocando-se, ainda que se tenha aberto à presença de mulheres em sua composição, como uma instituição androcêntrica.

Assim sendo, as demandas judiciais que se referem aos crimes contra a dignidade sexual da mulher – objeto de análise do presente artigo – serão julgadas e sentenciadas em meio a tais processos de subjetivação patriarcais. Portanto, devem ser analisadas e problematizadas, sob uma perspectiva ética, quais são as práticas que efetivamente se dão nos

julgamentos dos crimes que são permeados pela questão que se refere à construção social gênero, em especial, ao violento crime de estupro.

Desta forma, acreditamos com Deleuze (1997) que a jurisprudência e a vida são o que compõem as relações no judiciário, sendo que é por elas que se deve lutar e não simplesmente por direitos, que são abstratos, ainda que os denominemos de “direitos humanos” ou “direitos da mulher”.¹⁷ Deve-se, portanto, levar em conta a vida e, além de lutar pelas leis, lutar também pelas jurisprudências, por meio da análise e da problematização das questões que se colocam no social e são trazidas ao judiciário. E, neste sentido, é isso que o presente artigo se propõe a fazer.

Por fim, ao se levar em conta a atuação típica do Direito Penal nos casos de violência contra a liberdade sexual da mulher, em especial, o caso do estupro, e, tendo como apoio as imagens do filme *Acusados*, propõe-se que ao invés de realizar a proteção da mulher agredida sexualmente, o sistema penal duplica a violência através de sua lógica e dinâmica interna não assumida pelo discurso oficial. Desta forma, somada à própria violência sofrida, é a mulher, também, vítima de violência institucional (o judiciário) que reproduz o patriarcalismo e a dominação-desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** 2007. Disponível em: < <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/401/302> > Acesso em: 21 ago. 2011.

_____. **Da Mulher como vítima à mulher como sujeito.** CAMPOS, Carmen Hein de (Org.), Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1997.

_____. **Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ACUSADOS. Direção: Jonathan Kaplan. Produção: Stanley R. Jaffe, Sherry Lansing.. Intérpretes: Kelly McGillis, Jodie Foster and Bernie Coulson e outros. Roteiro: Tom Topor. Música: Brad Fiedel. Vancouver: Paramount Pictures; 1988. 1 DVD (111 min.). Color. Oscar de melhor atriz.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

¹⁷ Deleuze (1997) faz uma crítica ácida aos que pregam em sua bandeira a defesa vazia dos direitos humanos sem levar em conta a vida e as questões inseridas que se referem ao social. Para citar um trecho: “É puramente abstrato. O que quer dizer ‘Direitos Humanos’? É totalmente vazio. (...) Agir pela liberdade e tornar-se revolucionário é operar na área da jurisprudência! A justiça não existe! Direitos Humanos não existem! O que importa é a jurisprudência. Esta é a invenção do Direito. (...) Trata-se de criar, não de se fazer aplicar os Direitos Humanos. Não se trata de direito disso ou daquilo, mas de situações que evoluem. E lutar pela liberdade é realmente fazer jurisprudência”.

ARRIGUCCI, Davi Jr. **Prefácio**. In: Utopia no Cinema Brasileiro; NAGIB, Lúcia. São Paulo: Cosac Naify, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **O paradigma de gênero - da questão criminal à questão humana**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.), Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1997.

BARBOSA, Patrícia Campagnoli. **Violência contra a mulher na contemporaneidade**: construindo laços de fuga e desatando os nós de aprisionamento. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de Psicologia, 2009.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. São Paulo: Saraiva 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4. São Paulo: Saraiva 2011.

BLANCO, Jessie. **Rostros visibles de la violencia invisible. Violencia simbólica que sostiene el patriarcado**. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer* v.14 n.32 Caracas jun. 2009. Disponível em: <www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012009000100007&lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009

BUTLER, Judith. **Gender Trouble**. New York: Routledge, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2009

DELEUZE, Gilles. **O abecedário de Gilles Deleuze**. Entrevista de Claire Parnet com Gilles Deleuze. VHS 459 min. Paris: Éditions Montparnasse, 1997.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, do Estado e da Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. **Mulheres encarceradas e espaço prisional**: uma análise de representações sociais. *Revista de Psicologia: Teoria e Prática*, [se]. 2005

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. São Paulo: Graal; 2011.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. **Famílias e patriarcado**: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicologia Social*, vol.18 no.1 Porto Alegre Jan./Apr. 2006. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822006000100007&lang=pt>. Acesso: 27 ago. 2012.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei** – a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. **Vitimização**: a Mídia e a Violência Doméstica. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.), Criminologia e os Problemas da Atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação**. 2002. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tjmt.jus.br%2FINTRANET.ARQ%2FCMS%2FGrupoPaginas%2F59%2F459%2Ffile%2Festereo_tipos_Genero_Valeria_Pandjarjian.doc&ei=4CUQUMGDMKHm0QGAw4GYBA&usq=AQjCNFJTX9gxStUjZ64PS-5RDQZzhSyqg>. Acesso em: 23 ago. 2012.

MORGADO, Rosana. **A situação de violência doméstica**: limites e possibilidades de enfrentamento. In: SIGNORI, Hebe; BRANDÃO, Eduardo Pontes. *Psicologia Jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2009.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Estrutura e Punição Social**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro; 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e Feminismo**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.), *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

VARGAS, Joana Domingues. **Familiares ou Desconhecidos?** A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 14 n° 40 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n40/1709.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2012.