

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA PENAL: UMA POSSIVEL OPRESSÃO SILENCIOSA

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE: UNA POSSIBLE OPPRESSIONE SILENZIOSE

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar se o princípio da legalidade, no momento de sua aplicação, pode levar à reprodução de um discurso homogêneo e autoritário. A consequência seria a reprodução, por nossos Tribunais, de um discurso opressivo justificado pela objetiva aplicação da lei penal. Analisaremos a condição da mulher na disciplina dos crimes contra a dignidade sexual. Chegaremos à conclusão de que a mulher foi tratada como objeto destinado ao casamento e a procriação até o edição da Lei 11.105/2005. Isso porque o código penal previa a possibilidade de extinção da punibilidade do agente quando se casava com a vítima. Também era possível que a punibilidade do agente fosse extinta se a vítima se casasse com outro e não manifestasse o desejo, em até 60 dias após o casamento, de ver o agressor processado e punido pelo estupro praticado.

ABSTRACT: Questo articolo mira a determinare se il principio di legalità, quando il tempo di applicazione, può portare alla riproduzione di un discorso omogeneo e autorevole. La conseguenza sarebbe giocare per i nostri tribunali, di un discorso opprimente giustificato con l'applicazione oggettiva della legge penale. In questo articolo analizzeremo la condizione delle donne nella disciplina di reati contro la dignità sessuale. Concludiamo che la donna è stata trattata come un oggetto destinato al matrimonio e alla procreazione fino alla promulgazione della Legge 11.105/2005. Questo perché il codice penale prevedeva la possibilità di estinzione della punibilità quando l'agente sposa la vittima. Era anche possibile che l'agente beneficia l'estinzione della punibilità se la vittima sposare un altro e non manifesto desiderio, entro 60 giorni dopo il matrimonio, a vedere l'autore perseguito e punito per lo stupro commesso

Palavras Chaves: Legalidade, Penal, Discurso de Opressão

Parola chiave: Legale, Penale, Discorso di Oppressione

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da legalidade em matéria penal a partir de uma percepção crítica. Pretende-se verificar se o princípio da legalidade pode, quando de sua aplicação, reproduzir um discurso homogêneo e, portanto, autoritário.

O discurso homogêneo seria autoritário porque deixa de reconhecer grupos minoritários, oprimidos e marginalizados, em determinado meio social. Aqui elegemos, como objeto de nossa análise, as mulheres. Pretendemos perceber qual é a relação da legislação penal com esse grupo.

O princípio da legalidade dos crimes e das penas é pedra angular de nosso sistema penal. Está consagrado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República¹ e art. 1º do Código Penal². A partir da prática de uma conduta descrita na lei como criminosa, aplica-se, verificados os demais requisitos legais, a pena. A questão é: o processo de tipificação das condutas reconhece e confere *status* às minorias? Os obstáculos criados pela lei, a partir de um crime, para a imposição de pena, são postos de forma a respeitar o que Nancy Fraser chamou de contra-público subalternos?

A lei penal encontra sua base de legitimidade no fato de ser expressão da vontade popular³. Aplicamos a lei penal, impomos penas de prisão ou evitamos sua imposição com base nesta crença. Isso nos faz afiançar que a pena, ou a sua ausência foi legítima.

A preconceção de que a lei penal é expressão da vontade popular já começa a enfrentar problemas se incorporamos as críticas feitas a Habermas em relação à sua concepção de esfera pública. A formação da opinião e da vontade coletiva não se dá pela mera soma das vontades individuais, estabelece-se através de uma interação. É aqui que se verificam as diferenças e as disputas por poder. O grande problema é que nem todos têm a mesma condição de participar do debate.

Habermas, quando trata de espaço público, mereceu complementações importantes. Segundo Avritzer e Costa (2004), coube a Cohen e Arato o desenvolvimento dos chamados *new publics*.

Fraser (1992) afirma que a concepção de esfera pública é fundamental para a teoria crítica e que o conceito, em Habermas, é insuficiente. Isso porque não leva em conta o fato de que nem todos os segmentos sociais têm a mesma oportunidade de participar, em pé de igualdade, dos debates nos espaços públicos. Habermas, na visão de Fraser, não chega a desenvolver um modelo de espaço público pós-burguês⁴.

¹ “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988).

² “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1984).

³ Trata-se, como veremos mais a frente, de uma criação iluminista que tinha, em seu contexto, a finalidade de frear o poder do monarca, até então absoluto.

⁴ “Curiosamente Habermas no llega a desarrollar un modelo nuovo y postburgués de la esfera pública. Además nunca problematiza explícitamente algunas de las premisas más dudosas que sustentan el modelo burgués. En consecuencia, al final de la Transformación Estructural sin una concepción de la esfera pública que sea

Partindo da crítica feita ao conceito de espaço público de Habermas, podemos concluir que a lei penal pode reproduzir a opressão de determinados grupos sociais e a supressão de suas legítimas demandas por reconhecimento. O mais nefasto é que a reprodução destas práticas opressivas é posta sem maiores reflexões por parte do intérprete da lei penal. Afinal, a lei penal “é fruto da vontade popular”.

O veículo da reprodução das práticas opressivas na aplicação do direito penal é o princípio da legalidade. Não se trata do princípio da legalidade em si, importantíssima conquista do iluminismo, mas a forma com é aplicado: desprovido de reflexões sobre os discursos ocultos que fundamentam determinadas tipificações.

Não nos propomos a negar o princípio da estrita legalidade em matéria penal. Nem mesmo tangenciamos a possibilidade de flexibilização das garantias constitucionais penais conquistadas ao longo do tempo e que nos são tão caras. O que se pretende é que os discursos ocultos venham à tona no debate jurídico o que pode, como veremos, motivar a avaliação da adequação da lei penal em relação à Constituição da República.

A aplicação objetiva e nada reflexiva da lei penal pode afrontar, como mostraremos no presente trabalho, os objetivos fundamentais da República de *promover uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*⁵.

2. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATERIA PENAL: NECESSIDADE DE UMA MAIOR REFLEXÃO

Como já afirmado, não há dúvidas de que o princípio da legalidade em matéria penal é um dos maiores avanços da ciência penal. O problema é nos questionarmos se, com o passar

suficientemente distinta de la concepción burguesa como para atender las necesidades actuales de una teoría crítica” (FRASER, 1992,).

Avritzer e Costa replicando a crítica de Fraser a Habermas asseveram: “O argumento de Cohen e Arato ganha contundência na crítica de Fraser ao modelo habermasiano e no apelo pelo reconhecimento da importância dos chamados *subaltern counterpublics*. Para a autora, a ideia de uma esfera pública nacional única e abrangente não considera as relações assimétricas de poder que marcam, historicamente, os processos de constituição da esfera pública contemporânea. Ou seja, em sua própria formação, a esfera pública apresenta mecanismos de seleção que implicam a definição prévia de quem serão os atores que serão efetivamente ouvidos e quais serão os temas que efetivamente serão tratados como públicos. Nesse contexto, minorias étnicas, grupos discriminados e mulheres são excluídos a priori da esfera pública ou merecem nela um lugar subordinado”. (AVRITZER; COSTA, 2004, p. 703- 728).

⁵ Art. 3º, incisos I, III e IV da Constituição da República. (BRASIL, 1988).

do tempo, é possível pensar o princípio da legalidade assim como foi concebido por seus fundadores. Adiantamos que contextualizar o princípio da legalidade em matéria penal é medida que se impõe. Isso não significa renunciar a seu fundamento primordial: impor limites ao poder punitivo do estado, estabelecendo uma esfera de proteção ao indivíduo. Entender essa questão implica revisitar as origens históricas da legalidade em matéria penal.

2.1 Origem histórica

Alguns sustentam que o postulado da reserva legal tem origem no direito romano. Outros afirmam que seu berço encontra-se na Magna Carta Inglesa. Há ainda quem sustente que a origem do princípio da legalidade tem raízes no direito medieval, especificamente nas instituições do direito ibérico. (MARQUES, 2002, p.151).

A despeito dessa controvérsia, Luiz Luisi (2003) afirma que é a partir do iluminismo que conhecemos o princípio da legalidade com o contorno político e jurídico que, hoje, nos é dado⁶. José Cerezo Mir caminha no mesmo sentido, afirmando que o princípio da legalidade tem raízes na ilustração. Admite antecedentes históricos no direito romano, na Idade Média e na Magna Carta de João sem Terra, todavia, informa que, em tais precedentes, não se encontra a preocupação com a segurança jurídica. (CEREZO, 2004, p.198-199). A posição de Luiz Luisi e Cerezo Mir nos parece ser a mais adequada. É do iluminismo que partirá nossa curta reconstrução histórica.

No período absolutista não havia de se falar no postulado da legalidade porque o monarca governava sem qualquer tipo de amarras e a “lei” era sua palavra que encontrava base de legitimação na sua condição de intérprete de Deus na terra. Nesse período histórico, era possível que um indivíduo fosse levado ao cárcere ou condenado a morte sem que nenhuma lei prévia autorizasse tais medidas, sem ao menos que fosse instaurado um processo.

Exemplo caro desse período são as *Lettre de Cachet*. Trata-se de cartas vindas em papel lacrado e com o carimbo real que tanto serviam:

para os convites de festa da Corte, convocação dos Estados Geraes e dos parlamentos, como para atirar um joven, por ordem paterna, ou um adulto, por intriga de desaffetos, em calabouço, convento ou exílio. As cartas fatídicas até serviam para favorecer ou impedir casamentos; punham em penitência, nos

⁶ “Todavia, é a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da Reserva Legal. Ele tem seu fundamento histórico como lucidamente ensina a H. H. Jescheck, na teoria do contrato social do iluminismo”. (LUIZI, 2003, p.19).

claustros, rapazes perdulários e moças apaixonadas, pretendentes importunos e filhas altaneiras, despresadoras de optimos partidos. (LYRA, 1936, p. 249).

Com as revoluções burguesas, cai o absolutismo na Europa. Há uma verdadeira revolução de pensamento. O homem torna-se senhor de seu próprio destino e o monarca perde sua legitimidade. Os abusos cometidos pelas monarquias absolutistas levaram pensadores a se unirem em torno do postulado da legalidade. Feuerbach conferiu-lhe a forma latina conhecida por todos: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ninguém, agora, poderia ser privado de seus bens e de sua liberdade senão em razão da lei escrita e prévia⁷. Estamos diante de um verdadeiro espectro de proteção do indivíduo frente à ação do estado. Esse é o núcleo da origem histórica do postulado da legalidade em matéria penal.

Com a queda das monarquias absolutistas na Europa, a fonte do direito deixa de ser o monarca e passa a ser o parlamento. Nos países que preservaram a monarquia, o rei torna-se figura praticamente decorativa, com pouco ou quase nenhum poder de decisão. O parlamento, representando o povo, toma-lhe a função de legislar.

A lei, neste contexto, é expressão da vontade popular. Não há mais um soberano no qual o indivíduo devesse obediência. O homem era comandado por ele próprio representado no parlamento.

Neste contexto, parece fácil perceber porque Beccaria afirmou que o juiz não deveria interpretar⁸. O magistrado teria o simples dever de aplicar a lei ao caso concreto como em um seco e objetivo silogismo. Do contrário, o magistrado estaria fazendo o papel de legislador e subvertendo a vontade popular emanada do parlamento.

A pretensão, muitas vezes subvertida no curso da história, de tutela do indivíduo, frente a abusos do estado, é algo impresso no quadro genético do princípio da legalidade. Esse norte pode ser também muito facilmente percebido em autores clássicos como Stuart Mill. A preocupação de frear os abusos do estado em relação ao indivíduo marca sua obra.

2.2 Efeitos negativos da relativização da legalidade

Não há dúvidas de que o corolário da legalidade era e ainda é um marco fundamental do direito penal. Não é por acaso que sua relativização nos últimos dois séculos nos causou intensos prejuízos.

⁷ Everardo da Cunha Luna afirma que a primeira expressão do princípio da legalidade se deu no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. (LUNA, 1985, p.31).

⁸ Dos Delitos e das Penas disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000018.pdf>. Acesso em 29.07.2014

A escola do positivismo criminológico representou uma grave restrição à consideração do princípio da estrita legalidade. Muito influenciado pela evolução das ciências naturais, o positivismo criminológico buscou aplicar ao direito penal o método empírico para aferir as causas da criminalidade.

A atenção sai do texto da lei – como era de ser para os clássicos – e volta-se para o homem delincente. Lombroso, um médico italiano, busca compreender as “causas biológicas do crime.” Ferri afirma que há para o crime uma causa sociológica⁹ e Garoffalo assevera que a raiz da criminalidade está em deformidades psicológicas atribuídas ao criminoso que não é capaz dos sentimentos de piedade e probidade.

O grande problema é que o positivismo criminológico, por suas pesquisas, acabou colocando o princípio da legalidade em segundo plano na medida em que abraçou a perigosidade como critério de responsabilização. Isso acaba por justificar a imposição de medidas que limitam a liberdade individual sem que o acusado tenha cometido crime qualquer. Simplesmente por ter-se adequadamente a um “perfil” morfológico, sociológico ou psicológico que permita a conclusão de que ele tem “tendência” à prática de um determinado crime.

A imposição de uma seleção do sistema penal ainda mais liberta de amarras. Não é mais necessária a verificação da conduta – não que isso seja garantia plena de nada – descrita na lei como criminosa, basta a verificação de um indivíduo que se encaixe nos parâmetros morfológicos, sociológicos ou psicológico do “homem delincente”.

Vejam como o positivismo criminológico reproduziu a seletividade do sistema penal flexibilizando a garantia da legalidade. A imputação de responsabilidade é guiada por critérios formulados a partir do estudo de uma população carcerária que já materializava a seletividade do sistema penal. A seletividade se perpetua agora sem os freios – temerários é verdade – da legalidade.

Superado o positivismo criminológico, o princípio da legalidade readquire seu *status*. A história ainda lhe brindou com opositores. Quanto mais autoritário, maior a aversão de um estado em relação ao princípio da legalidade. Na Alemanha Nacional-Socialista, a adjetivação de um fato como criminoso prescindia de lei, bastando que fosse considerado “ofensivo” ao sadio sentimento da comunidade.

⁹ “Propondo a substituição do direito penal pela sociologia criminal, negou Ferri o caráter normativo da lei. O direito penal era um simples capítulo da sociologia, um fato social entre outros fatos sociais, para cuja compreensão o caminho a seguir era o método galileiano” (LUNA, 1985, p.32).

Aqui podemos perceber o mesmo fenômeno verificado na relação entre o princípio da estrita legalidade e o positivismo criminológico. O princípio da legalidade estrita em matéria penal foi afastado pelos nazistas para perseguir opositores. Tornou-se possível a punição dos autores de condutas que não estavam previamente descritas como criminosas.

Era crime aquilo que a lei considerava como tal e tudo que contrariava o “sadio sentimento do povo alemão”. Ora, quem ditava aquilo que violava o “sadio sentimento do povo alemão” era o partido político que havia tomado conta do Estado. O Estado totalitário alemão eliminou grupos então marginalizados. O não reconhecimento do outro tomou a forma mais drástica, qual seja, a eliminação física¹⁰.

A União Soviética foi um Estado autoritário. Seu direito penal admitia claramente a analogia (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1997. p.70). Não é demais lembrar que o código penal de Krylenko (1930) não tinha parte especial. Crime era aquilo que era descrito em lei ou violasse o espírito da revolução. Nesse sentido, é muito conveniente um código penal sem parte especial. Permite eliminar qualquer amarra à expansão do poder punitivo do estado.

2.3 Reabilitação do Princípio da Legalidade e sua problematização

Em Estados ditos democráticos, o princípio da legalidade, em matéria penal, é aceito ao sabor da harmonia. Em nosso país, foi acolhido em “todas as nossas cartas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, bem como todos os nossos códigos penais”. (FRAGOSO, 2004, p.109).

Luiz Luisi (2003) desmembra o princípio da legalidade em matéria penal em três corolários: reserva legal, taxatividade e irretroatividade da lei penal. Fragoso (2004), ao tratar do alcance do princípio da legalidade, de forma menos sintética, trata da irretroatividade da lei penal, reserva legal, proibição da analogia e, finalmente, taxatividade.

Não há dúvidas de que o princípio da legalidade penal – e todos os seus desdobramentos – continua sendo a pedra angular do direito penal que tem pretensões de ser

¹⁰ *Si estas formas de autorreferencia sólo si conciben como etapas, de manera que en condiciones normales constituyan una sucesión de presupuestos necesarios, entonces es posible asociar a cada una distintos tipos de sufrimiento moral que correspondan a grados del daño físico. Así, es fácil observar que cada una de las clases de injusticia resultantes debe su particularidad al valor que no será respetado o reconocido de un sujeto. a)- Deben considerarse como heridas morales elementares, además de las hasta ahora mencionadas, aquellas que le arrebatan la seguridad a una persona para disponer sobre su bienestar físico. Con un acto de esa índole se destruye principalmente la confianza en el valor que merece la naturaleza propia ante los demás. Prescindiendo del caso límite del asesinato, que de hecho no respeta las condiciones de todo bienestar físico, la tortura y la violación representan casos típicos de brutalidad física. (HONNETH, 1996, p.11-12).*

democrático. Como demonstrado, sua consideração coloca freios – infelizmente precários - às formas de dominação de um discurso homogêneo opressor na medida em que o Estado só estaria autorizado a punir se a lei penal assim o admitisse de forma anterior, expressa e taxativa.

Todavia, o dito no parágrafo anterior não nos impede de reconhecer que a própria ideia de legalidade pode carregar a homogeneização de um discurso com a supressão de pretensões legítimas de grupos minoritários. A pretensão de se aplicar a lei de forma objetiva é uma falácia. A lei traz consigo vozes que foram silenciadas e que possuíam pretensões legítimas. Então, a aplicação objetiva do texto da lei penal pode até confortar a consciência, mas também pode carregar um déficit de alteridade que contrasta com a proposta constitucional de construção de uma sociedade justa, solidária e distanciada de preconceitos de quaisquer ordens.

A análise dos tipos penais não pode mais ser realizada de forma neutra, mas sim objetiva. A distinção entre neutralidade e objetividade nos é posta por Boaventura de Sousa Santos (1999), ao afirmar que se trata de uma das reivindicações originais da teoria crítica.

A objetividade, ainda segundo Boaventura: “decorre ainda da aplicação sistemática de métodos que permitam identificar os pressupostos, os preconceitos, os valores e os interesses que subjazem à investigação científica supostamente desprovida dela.” Já a neutralidade seria problemática porque leva “a recusa em argumentar a favor ou contra qualquer posição por se pensar que o cientista não pode nem deve tomar posição” (SANTOS, 1999, p.207/208).

Transponha a colocação de Boaventura que cuidava das ciências sociais para a aplicação do direito penal. Quando o intérprete alega neutralidade, furta-se a um debate aprofundado sobre os fundamentos da lei e, principalmente, sobre aqueles discursos que são silenciados pela lei, embora tenham pretensões legítimas.

O fato é que, quando interpretamos a lei penal, não estamos buscando um sentido pronto e acabado que desejamos desvendar. O sentido da lei penal é construído pelo intérprete. Por isso, não é possível nos escusar dizendo que aplicamos o sentido frio e objetivo da lei. Ao reproduzir uma lei penal discriminatória estamos somos partícipes da opressão. A neutralidade nos transforma em cúmplices silenciosos.

Não estamos sugerindo que abandonemos o método técnico-jurídico. Nem mesmo que desprezemos a dogmática penal. Basta pensarmos em um direito penal inserido em um contexto constitucional. A própria estrutura do tipo penal abre margem para esse debate. Wolf sustentava que não há elementos descritivos. Todos os elementos do tipo penal tem um

conteúdo normativo (WOLF. 2005.p.114). Isso significa que não há, na estrutura do tipo, um elemento cujo sentido nos seja dado. Todos são construídos.

Temos base teórica para trazer o presente debate para dentro da estrutura objetiva do tipo, elemento da estrutura do crime que materializa de forma mais veemente o princípio da legalidade. Parece-nos que os elementos descritivos, como um dado objetivo da realidade a ser descoberto pelo interprete, não mais se sustenta.

3. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Pretendemos demonstrar como a mulher, na legislação penal, foi tratada como objeto, propriedade do homem. Primeiro pertencia a seu pai e depois era transferida à responsabilidade de seu marido.

A mulher existia e valia na medida em que se mantinha virgem até o momento do casamento. Sua existência justificava-se para o casamento e procriação. A posição de subserviência da mulher já é problemática em si. Todavia, não há como não se assustar ao ver este discurso embutido em leis penais que são aplicadas sem que seus fundamentos sejam explicitados e submetidos a debate. Referimo-nos não só às leis penais perdidas no tempo, mas também àquelas que estiveram em vigor após a Constituição de 1988.

A mulher, na legislação penal, foi tratada – diria que ainda é – como membro de um grupo social tradicionalmente excluído. Trata-se do que Sergio Costa e Leonardo Avritzer (2004) chamaram *subaltern counterpublics*¹¹. No ponto em que estamos, optamos por delimitar nossa pesquisa ao crime de estupro.

3.1 Esboço histórico

O delito de estupro foi descrito no código penal republicano no art. 268 que assim dispunha: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta. Pena: prisão celular por um a seis annos. §1º Se a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena – de prisão celular de seis meses a dous annos”. Tratava-se de um crime previsto no Título VIII (Dos Crimes Contra a

¹¹ A relevância dos *subaltern counterpublics*. Cabe destacar o papel daqueles atores sociais que representam grupos tradicionalmente excluídos do espaço público, mas que, ao mesmo tempo, denunciam os limites do espaço político estabelecido e reivindicam seu direito de participar dele. (AVRITZER; COSTA, 2004. p.722).

Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do ultraje público ao pudor), capítulo I (Da Violência Carnal). (BRASIL, 1891).

De plano, percebemos que o delito não era contra a liberdade sexual. Isso significa que a mulher não era vista como um ser autônomo, mas sim mera propriedade. Primeiro do pai, após o casamento, do marido. O crime era contra a honra e honestidade das famílias e contra o ultraje público ao pudor. Isso “justificaria” a criação de um delito de estupro privilegiado em razão do sujeito passivo. O crime de estupro, quando a vítima fosse “mulher pública” ou prostituta era reprovado de forma sensivelmente mais branda. Qual seria o fundamento?

Parece-nos que a lei penal tutela a mulher, mas como objeto e propriedade do homem. As que mereceriam maior proteção seriam aquelas casadas ou “aptas” a casar posto que virgens (SIQUEIRA, 2003). Aquelas que tinham vida sexual antes do casamento ou que eram prostitutas não tinham virgindade a ser tutelada. Por isso, aqueles que as estuprassem cometeriam um mal menor.

Galdino Siqueira denuncia a dificuldade de apresentar um conceito de mulher honesta. Todavia, ele dá sua definição contraposta ao conceito de mulher pública ou prostituta que é, como perceptível em um primeiro olhar, carregada de sentido:

Uma dificuldade surge, porém, ao determinar o que seja mulher honesta, determinação necessária, por ser elemento constitutivo de uma das modalidades do crime, e, pois devendo ser devidamente provado. No sentido moral e do direito civil, diz-se mulher honesta a recatada e de bom proceder, e em contraposição, diz-se prostituta, a que concede publicamente o corpo ao livre e promiscuo acesso. Entre esses extremos está a que, na mancebia ou no consorcio, de desvia de seus deveres legais e de afeição, concedendo a outrem seu corpo. (SIQUEIRA, 2003, p.457).

O que tínhamos era a verificação de uma presunção *juris tantum* a partir da virgindade. Se virgem, presume-se honesta. Se não virgem, é necessário fazer prova da honestidade. Esse elemento é fundamental porque definirá se o autor responderá pelo crime de estupro previsto no caput do art. 268 ou por sua modalidade prevista no §1º do código penal de 1890.

A explicação para uma punição mais branda para o autor do estupro que vitima a mulher “pública ou prostituta” é esclarecedora. O crime de estupro era, como o é hoje, um crime complexo. Os bens tutelados, a honestidade familiar e a liberdade sexual eram os bens tutelados pela norma penal. O estupro da mulher virgem ou honesta violava os três objetos de tutela. Já o estupro praticado contra a mulher pública e a prostituta lesava somente a liberdade sexual.

Vê-se que a questão que se mostra implícita é que a proteção penal não se dá primordialmente em relação à mulher. A proteção penal recai sobre a mulher enquanto um objeto de propriedade do homem; enquanto uma peça de uma sociedade patriarcal e machista.

A objetivação da mulher é tão evidente que Galdino Siqueira (2003) chega a afirmar que o marido não podia ser sujeito ativo do crime de estupro quando a vítima era sua própria esposa. Isso porque a mulher já teria o dever de lhe prestar o débito conjugal¹².

3.2 Código Penal de 1940

O código penal de 1890 é sucedido pelo código penal de 1940. O crime de estupro é assim previsto no art. 213: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena reclusão, de três a oito anos.” A figura típica foi prevista no título VI “Dos Crimes Contra os Costumes”, Capítulo I “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”. (BRASIL, 1940)

Temos, de plano, duas notas que merecem registro: o sujeito passivo não é mais a mulher virgem ou honesta. Houve a equiparação, pelo menos no plano formal, da proteção penal a todas as mulheres. Todavia, o Título VI ainda se intitula “Dos Crimes Contra os Costumes”. É exatamente a ideia de que a tutela penal no crime de estupro recai sob os costumes que justificou o tratamento desigual entre as mulheres virgens ou honestas e as públicas ou prostitutas.

Finalmente, com a Lei 12.015/09, o Título VI do Código Penal substitui seu título. Não se trata mais “Dos Crimes Contra os Costumes”, recebendo a designação “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Infelizmente não podemos concluir que a ampliação do sujeito passivo do crime de estupro para abranger todas as mulheres não significa que as práticas sociais e judiciárias tenham caminhado no mesmo sentido. Todavia, não há como não aplaudir o avanço que, lamentavelmente, não foi pleno. Referimo-nos às causas de extinção da punibilidade relativas ao crime de estupro.

Na redação original do Código Penal de 1940, encontramos, no art. 108, inciso VIII a seguinte previsão: “Extingue-se a punibilidade: VIII – pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da

¹² “A mulher casada não pode ser sujeito passivo do crime e em relação ao marido, a conjunção carnal constituindo um dos deveres da mulher. Será, porém, passível de pena se, da violência empregada resultar um delicto especial, como o de lesões corporaes.” (SIQUEIRA, 2003, p.458).

Parte Especial.” A lei 6416/77 introduz uma nova e correlata hipótese de extinção da punibilidade, dando nova redação ao disposto no art. 108, inciso IX que assim passa a dispor: “Extingue-se a punibilidade: IX – pelo casamento da ofendida com terceiro, crime referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;” (BRASIL, 1940).

Com a reforma de 1984, as duas causas de extinção da punibilidade foram mantidas, nessa oportunidade, previstas no artigo 107, incisos VII e VIII do Código Penal. A primeira ganhou a nova legislação intacta. A segunda, criada em 1977, sofreu uma pequena especificação: excetua-se da possibilidade de extinção da punibilidade pelo casamento da vítima por terceiro, o estupro praticado por violência real e não por violência como na redação original. A lei quis realizar a contraposição entre violência real e ficta. Explicamos:

Como seria possível cometer um crime de estupro sem fazer uso de grave ameaça ou violência real? A resposta encontrava-se no art. 224 do código penal 1940, em vigor mesmo após 1984. Lá previam-se as hipóteses de presunção de violência. Vejamos: “Presume-se a violência, se a vítima: a)- não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

Devemos evidenciar a diferença estabelecida pela lei: extingue a punibilidade do crime de estupro, por violência real ou presumida, quando a vítima casa-se com seu agressor; extingue-se a punibilidade do crime de estupro, por violência presumida, quando a vítima casa-se com terceiros e não manifesta, em 60 dias, o desejo que o processo continue.

Creemos que a questão merece uma análise estanque, embora o discurso de opressão que vem oculto a ambas as causas de extinção da punibilidade seja o mesmo.

Tratemos, primeiro, da extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com seu agressor. Como já visto, aplicava-se tanto ao estupro com violência real quando ao estupro praticado por violência presumida. A doutrina tradicional explicava esse dispositivo como sendo uma hipótese de perdão tácito. Como o crime se movia, em regra, por ação penal privada, o perdão da vítima era admissível. Senão vejamos:

O casamento é um contrato e exige como preliminar a formal declaração de vontade, livre e espontânea, dos dois nubentes. Se a vítima se opõe, de nada vale a resolução do agente de sanar pelo matrimônio o dano causado. O casamento não se efetua e a punibilidade do fato persiste. (BRUNO, 1984, p.229).

Com um olhar atual, podemos perceber que os argumentos de Anibal Bruno (1984) – que na verdade eram os da doutrina tradicional – não merecem prosperar porque se baseavam somente em uma lógica formal. Nada mais eficiente para ocultar obstáculos às pretensões emancipatórias do que a pretensa “neutralidade” que acompanha o discurso lógico formal.

É absolutamente simplório pensar que o casamento da vítima com o estupro significava, necessariamente, um perdão. Vamos contextualizar o dispositivo legal e a sociedade para o qual foi criado. Estamos tratando de uma sociedade patriarcal, em que a virgindade da mulher era um “valor.” Vale o registro que o Código Civil de 1916 permitia ao marido devolver a esposa à casa paterna se descobrisse que, no ato do casamento, não era mais virgem.

A mulher que perdia a virgindade antes do casamento perdia a honra e podia não mais se casar. A perda da virgindade, fora do casamento, era vista como depravação que poderia “corromper o bom proceder daquela mulher”. Não é por outra razão que tínhamos o crime de corrupção de menores, descrito no art. 218 do CPB. Senão vejamos: “Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos” (BRASIL, 1940). A discussão doutrinária e jurisprudencial verificada acerca do crime de corrupção de menores é ainda mais exemplificativo. Explicamos.

Discutia-se que a mera prática de atos libidinosos com menor de 18 e maior de 14 já era, por si só, crime; ou se era necessário comprovar que a prática do ato sexual efetivamente “corrompeu” a menor. A discussão verificada no Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 73.651, julgado em 1972, centra-se exatamente neste ponto. Julgava-se o recurso promovido pelo Ministério Público contra a decisão do Tribunal de Justiça que havia confirmado a sentença absolutória do magistrado de primeiro grau.

A sentença de primeiro grau afirmou que não basta a conjunção carnal. É necessário provar que, após a cópula, a vítima teria ficado “corrompida”. Para fundar seu entendimento, a sentença local afirmou que, colacionado julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “a conjunção carnal normal, como ato libidinoso que é, tem capacidade para corromper a vítima. Tal, porém não é resultado necessário, sendo perfeitamente possível encontrar mulher deflorada e de proceder correto”.

O Supremo Tribunal Federal, neste caso, acabou entendendo que a corrupção era presumida a partir do ato libidinoso. Por isso, não era necessário fazer prova de que a vítima passou ou não a ter um “proceder correto”.

Parece claro que a mulher deflorada era vista como desonrada. Qual seria então a solução: casar-se. Todavia, ninguém se casaria com ela porque não seria mais virgem. As próprias circunstâncias já a compeliaria a casar-se com seu algoz.

A situação mostra-se ainda mais dramática quando a vítima era menor. Nesse caso, o consentimento para o casamento pode vir do seu genitor. O pai, para salvar a “honra” da filha, pode entregá-la em matrimônio a seu agressor.

Casar-se com o estuprador podia não significar um perdão pelo ato criminoso praticado, mas sim uma forma de “salvar a sua própria honra.” A vítima passa a culpada. A lei pouco se importava com a mulher e sua dignidade. A extinção da punibilidade aqui posta definitivamente não se dá em razão de um perdão tácito. A nota fundamental é a pacificação social. A mulher é plenamente desconhecida enquanto sujeito. Vejamos o que diz Anibal Bruno:

É preciso mesmo que o agente se case com a vítima, e não que esta contrarie matrimônio com outrem. O que a lei exige para a extinção da punibilidade não é que a vítima se tenha refeito da desonra, mas sim que o próprio agente venha a oferecer-lhe a reparação máxima do dano que causou, o que só pode fazer casando-se êle mesmo com ela. (BRUNO, 1984, p.229).

Ainda sobre a mesma questão, leciona Ribeiro Souza: “Se o agente casa-se com a ofendida demonstra, em primeiro lugar, seus bons sentimentos. E, por outro lado, a sociedade não ficará prejudicada, uma vez que a situação tomou seu curso legal ”(SOUZA, 1943, p.198)¹³

Não existem passagens mais exemplificativas do que as que aqui estamos tratando. O dano maior do estupro é impedir que a mulher case-se e procrie. Se o estuprador casa-se com a vítima, o dano está reparado.

Sendo o estupro realizado por meio de violência presumida, seria extinta a punibilidade do agente quando a vítima se casasse com terceiros e não manifestasse o desejo de prosseguimento do processo em um lapso temporal não superior a 60 dias.

Esta segunda hipótese de extinção da punibilidade confirma a tese até aqui defendida. Corrobora a existência de um discurso absolutamente opressor em relação à mulher. Apesar de a vítima ter sido “desonrada” pelo agressor, conseguiu casar-se, mitigando o “dano” ocasionado pela prática do delito de estupro. Como não foi o agressor que reparou o

¹³ Exatamente no mesmo sentido é o comentário de Anibal Bruno: “Se o agente casa com a vítima, nos crimes sexuais determinados na lei, repara a desonra que cometeu, e a continuação do processo ou a execução da sentença condenatória não faria mais que agravar o dano com o seu efeito infamante sobre o casal agora unido em face da lei. A punibilidade do fato extingue-se” (BRUNO, 1984, p.228).

dano, a mulher ainda assim pode pleitear o prosseguimento do feito e a efetiva punição do culpado.

Vejam a situação absolutamente absurda que podíamos chegar: uma mulher solteira e virgem está sedada em um hospital. O enfermeiro, aproveitando-se de que ela não pode oferecer resistência, mantém com ela conjunção carnal. O enfermeiro é processado pela prática do crime de estupro por presunção de violência, afinal a vítima era incapaz de opor resistência. Se a vítima se casa com um terceiro, mesmo não sendo mais virgem, o prejuízo não teria se verificado. Assim, no silêncio da ofendida, o processo contra seu agressor era extinto.

A aplicação objetiva do disposto no art. 107, inciso VII e VIII do código penal, redação original de 1984, possui um efeito silenciado estrondoso. Oculta toda uma concepção de mulher como mero objeto e propriedade do homem. Oculta a condição da mulher como um ser voltado ao casamento, às atividades domésticas e à procriação. Quando aplicamos a um acusado de estupro as hipóteses de extinção da punibilidade, ora debatidas, estamos reproduzindo um discurso oculto de opressão.

A afirmação de que a aplicação da extinção da punibilidade é legítima porque amparada por texto da lei não pode satisfazer. Como bem salienta Nancy Fraser, nem todos os grupos sociais – no caso tratamos das mulheres – tem a mesma oportunidade de participar dos espaços públicos de discussão. A legitimação da lei como expressão da vontade popular sem maiores reflexões faz vista grossa à participação desigual dos chamados “contra-públicos subalternos”.

É verdade que os incisos VII e VIII do art. 107 do código penal foram revogados pela lei 11.106/05. Todavia, o dispositivo, por ser lei de conteúdo material é aplicado até os dias de hoje, claro se o fato delitivo for anterior a sua revogação. Vejamos o exemplo de aplicação ultra-ativa do disposto no art. 107, inciso VII e VIII:

STF: E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA OS COSTUMES - DELITO DE ESTUPROPRESUMIDO- CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA - FATO DELITUOSO QUE OCORREU EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REVOGAÇÃO, PELA LEI Nº 11.106/2005, DO INCISO VII DO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL, QUE DEFINIA O "SUBSEQUENS MATRIMONIUM" COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE - "NOVATIO LEGIS IN PEJUS" - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE APLICAR, AO CASO, ESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO ("LEX GRAVIOR") - ULTRATIVIDADE, NA ESPÉCIE, DA "LEX MITIOR" (CP, ART. 107, VII, NA REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 11.106/2005) - NECESSÁRIA APLICABILIDADE DA NORMA PENAL BENÉFICA (QUE POSSUI FORÇA NORMATIVA RESIDUAL) AO FATO DELITUOSO

COMETIDO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA TEMPORAL DA LEI REVOGADA - EFICÁCIA ULTRATIVA DA "LEX MITIOR", POR EFEITO DO QUE IMPÕE O ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO (RTJ 140/514 - RTJ 151/525 - RTJ 186/252, v.g.) - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PREVISTA NO ART. 107, INCISO VII, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 11.106/2005 ("LEX GRAVIOR") - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade sobre fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da "lex gravior". A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica - sob cuja égide foi praticado o fato delituoso - deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal mais favorável ao agente. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. - A derrogação do inciso VII do art. 107 do Código Penal não tem - nem pode ter - o efeito de prejudicar, em tema de extinção da punibilidade, aqueles a quem se atribuiu a prática de crime cometido no período abrangido pela norma penal benéfica. A cláusula de extinção da punibilidade, por afetar a pretensão punitiva do Estado, qualifica-se como norma penal de caráter material, aplicando-se, em consequência, quando mais favorável, aos delitos cometidos sob o domínio de sua vigência temporal, ainda que já tenha sido revogada pela superveniente edição de uma "lex gravior", a Lei nº 11.106/2005, no caso. (HC 90140 / GO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008)

A aplicação ultra-ativa do art. 107, inciso VII (redação original de 1984) foi realizada sem que se debatessem os pontos aqui tratados. Não estamos nos voltando contra a aplicação ultra-ativa da lei penal menos gravosa. O princípio constitucional da anterioridade é um dos corolários do princípio da legalidade. Todavia, nada impedia a discussão acerca da não recepção, pela ordem constitucional de 1988, do art. 107, inciso VII do Código Penal (redação de 1984). (BRASIL, 1984)

A discussão aqui posta, que parece ser a grande questão, tem um conteúdo jurídico significativo. Dizemos isso porque a ciência penal, talvez por uma má leitura do método técnico-jurídico de Arturo Rocco, tenta purificar, seguindo a linha do positivismo jurídico, o estudo do direito penal. Afirma ser seu único objeto a norma penal.

Não estamos também negando que a norma penal seja o objeto do direito penal. Todavia, devemos descortinar seus fundamentos "ocultos". No caso que tratamos no presente tópico, parece-nos que os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, redação de 1984, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e os objetivos fundamentais da República, quais sejam: "promover uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 1984)

4. CONCLUSÃO

Parece ter ficado claro que a aplicação do princípio da legalidade em matéria penal tem uma face oculta que merece ser evidenciada. A lei penal pode trazer consigo a implementação de um discurso homogêneo que ignora grupos sociais minoritários que são desconsiderados em suas pretensões de reconhecimento.

A crença de que a lei penal é legítima porque fruto de uma “vontade popular” ignora o fato de que nem todos os grupos sociais têm a mesma capacidade de participar do debate público. Isso leva a um processo de tipificações de condutas delitivas que não considera a isonomia entre os membros de uma mesma sociedade.

Dentro do recorte que nos impusemos, percebemos que a mulher era, até o ano de 2005, tratada como mero objeto de propriedade do homem. O dano de um estupro que a vitimava era minar as possibilidades de casar-se. Não era por outra razão que, se o autor casasse com a vítima, haveria a extinção da punibilidade do autor. O sujeito ativo “não merecia” mais a punição porque, pelo casamento com a vítima, havia “desfeito o mal causado”.

A partir de 1977, se a mulher fosse vítima do então crime de estupro por presunção de violência e casar-se com terceiro, deveria, desejando que o processo contra seu agressor seguisse, manifestar-se em até 60 dias após o matrimônio. Afinal, mesmo “desonrada” a vítima conseguiu casar-se.

As duas hipóteses de extinção da punibilidade, mencionadas nos dois parágrafos anteriores, afirmavam que a mulher valia, não enquanto sujeito, mas sim enquanto voltada para o casamento e para a reprodução. Era uma peça no contexto de uma sociedade patriarcal e machista.

Vale registrar que as hipóteses de extinção da punibilidade, previstas nos art. 107, incisos VII e VIII do código penal, só foram revogadas pela lei 11.106/05, dezessete anos após a Constituição da República de 1988. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação ultra-ativa (por ser lei penal menos gravosa) do disposto no art. 107, inciso VIII no HC 90140/GO, publicado em outubro de 2008.

Se evidenciarmos os fundamentos ocultos do disposto no então art. 107, inciso VII e VIII, abre-se uma possibilidade de questionar sua adequação em relação à Constituição da República. Registra-se mais uma vez: não estamos advogando contrariamente à ultra-atividade de lei penal menos gravosa, sustenta-se a necessidade de nos questionar se o

disposto no art. 107, inciso VII e VIII do Código Penal foi ou não recepcionado pela Constituição da República.

O princípio da legalidade em matéria penal é e foi uma grande conquista. Aplicar a lei penal sem uma reflexão acerca de seus discursos ocultos é negligenciar a possibilidade de exorcizar fantasmas que ainda hoje nos vitimam de forma absolutamente silenciosa. Significa reproduzir um discurso de opressão sem, ao menos, ter ciência disso. O que se propõe é que esses discursos ganhem nossos Tribunais, e que sejam levados em consideração quando de suas decisões. Derrida nos alerta que não podemos escolher nossa herança, mas temos o dever de exorcizar nossos fantasmas para escolher o legado que pretendemos deixar.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina. In: Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 47, n. 04, 2004, pp. 703 a 728.

BRUNO. Anibal. Direito Penal: Parte Geral. Tomo III. São Paulo: Forense, 1984. p. 229.

CEREZO, Mir. Curso de Derecho Penal Español: Parte General. Vol I. 6. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRASER, Nancy. Repensando la Esfera Pública: Una Contribución a la Crítica de la democracia actualmente existente. IN: HABERMAS Y LA ESFERA PÚBLICA. Cambridge, Massachusetts, London. England: MIT Press, 1992

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética. In: Lua Nova, São Paulo, 70,p. 101-138, 2007.

HONNETH, Axel. Reconocimiento y Obligaciones morales. Artículo escrito a petición del Consejo Editorial para el número 8 de la RIFP. Tradicion del alemán de Frederico Maxínez, Madrid, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1997.

LYRA, Roberto. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Jacyntho, 1936.

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. Capítulos de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985. p.31.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol I. Campinas: Millennium, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? In: Revista Crítica de Ciências Sociais. N.54, junho 1999.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro. (1891). Vol II. Brasília: Conselho Editorial. Senado Federal, 2003.

SOUSA, Ribeiro. O Novo Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

WOLF, Erik. Las Categorías de la Tipicidad. Trad. María del Mar Carrasco Andrino. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005