



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O PENSAMENTO FEMINISTA: O CRIME DE ESTUPRO POR NÉLSON HUNGRIA

Crismara Lucena Santos¹

Cárita Chagas Gomes²

1 – Universidade Autónoma de Lisboa – UAL; crismarasantos@hotmail.com

2 – Universidade Federal da Paraíba – UFPB; carita.adv@gmail.com

RESUMO

Nélson Hungria persiste como um dos maiores nomes do Direito Penal e da Criminologia como um todo. Diante disso, seus pensamentos e ensinamentos continuam a ser disseminados pela importância atribuída a tal doutrinador. O presente artigo objetiva questionar a interpretação feita pelo autor, dentro de sua linha de pensamento crítico, aplicando-se a teoria feminista atual, e comparando com os direitos atribuídos à mulher. Nesse sentido, foi escolhido o crime de estupro, objeto de estudo nos Manuais de Direito Penal do supracitado autor para se analisar a figura do feminino, bem como o tratamento dado às vítimas desta conduta criminosa. Em um primeiro momento, há o resgate da evolução histórica dos "Crimes contra os costumes". Depois, busca-se apresentar o crime de estupro, suas características, apresentado os diversos estereótipos determinados pelo autor às vítimas.

Palavras-chaves: Direito Penal; Nélson Hungria; Teoria feminista; estupro.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

1 INTRODUÇÃO

Nélson Hungria Hoffbauer, um dos mais influentes juristas da época da instituição da lei nº 2.848/40, atual Código Penal brasileiro que, inclusive, ajudou na formulação da mesma, veio a publicar doutrinas que tratavam de interpretar as leis penais, ao tempo que, indiretamente, ditavam normas sobre moral e costumes.

Hungria era um jurista tão atuante que também participou da elaboração do Código de Processo Penal, da Lei de Contravenções Penais e ainda da Lei de Economia Popular. Seus Comentários ao Código Penal, distribuídos em 8 volumes, direcionaram os posicionamentos de gerações de juristas brasileiros e “constituíram referência obrigatória para a compreensão de nosso sistema jurídico penal”. (PINTO, 2011, p. 1).

Na época em que viveu Hungria, o texto original do Código Penal, de 1940, definia os crimes contra os costumes como transgressões de regras que vinham a ferir os bens jurídicos: moralidade pública, bons costumes, pudor público, e também a dignidade da pessoa.

Assim, o presente artigo fará uma análise sobre o pensamento do supracitado doutrinador e sua influência na aplicação da lei, ressaltando a perspectiva da tutela da liberdade sexual da mulher, que protegia a virgindade: principal representante da moralidade da mesma e de sua família.

2 METODOLOGIA

Primeiramente fez-se uma pesquisa bibliográfica sobre o tema como um todo que se processou paralelamente a uma familiarização com as acepções dos sentimentos de misoginia e machismo. Em seguida, foram feitas leituras sobre a figura do feminino e da mulher na sociedade, dando ênfase as formas como as mesmas eram punidas pela legislação criminal.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

As informações angariadas foram, então, analisadas concomitantemente com os escritos de legislação, que tratavam do poder de punir, verificando-se assim, autores ancestrais, modernistas e contemporâneos, juristas, filósofos, sociólogos, antropólogos e tantos outros que se sujeitam a teorizar sobre esse assunto.

Foi necessário destacar a relevância sociológica, uma vez que foi a própria sociedade que fez com que se desenvolvesse a justiça e punibilidade, no momento em que questionou lhes era aplicado como pena, e também, jurídica, com o surgimento em si, do Direito Penal e Processual Penal.

Finalmente, objetivou-se descrever e investigar, com pesquisa e estudo aprofundado do problema principal e dos problemas nele contidos que foram apresentados no título. Para tanto, utilizando-se os métodos quantitativo e qualitativo, quais sejam: pesquisas de leis, jurisprudências, súmulas, entendimentos de doutrinadores do universo do Direito, aplicados nos conteúdos explorados; bibliografia pertinente através de artigos, revistas, jornais, artigos e periódicos, sendo, com isso uma pesquisa bibliográfica e documental.

3 BREVE HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS

O registro mais remoto do crime de violência sexual é datado no art. 130 do Código de Hamurabi, com o seguinte texto: “Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre”. O crime era definido como um atentado à família e à doação sexual, e o condenado incorreria em pena pecuniária.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

Na região da Índia, o Código de Manu, reconhecido junto com o Código de Hamurabi como uma das primeiras legislações punitivas do mundo, define o crime de estupro como a prática daquele que faz violência a uma mulher. Sendo assim, o legislador indiano culminava uma pena corporal para tal delito.

No Egito antigo, a punição para os que praticassem crimes sexuais, consistia na mutilação do órgão sexual. Já na Roma Antiga, era aplicada a pena capital, uma espécie de multa.

Nesse sentido, as primeiras normas de assistência à mulher contra os crimes sexuais não tinham um objetivo de proteger a dignidade em si, mas, sim de outro “bem”: a castidade feminina. (VIGARELLO, 1998, p. 28). A proteção jurídica era sob a reputação da mulher, e principalmente, da família. Muitas vítimas, então, não denunciam por vergonha e por medo de serem desonradas pelos parentes.

Na legislação brasileira, após o livramento das Ordens Filipinas, houve intervenção direta de Portugal sobre as leis penais brasileiras, constatando-se uma atenuação na punição dos delitos sexuais.

O Código Criminal brasileiro de 1830, período após a Independência, passou a punir o estupro e outros crimes sexuais com pena de prisão, que podia variar entre 3 a 12 anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida.

Em 1890, após a Proclamação da República, institui-se uma nova codificação punitiva denominada Código Penal Republicano. A terminologia usada para especificação dos crimes em comento era: “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”.

4 ESTUPRO



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

Nas palavras de Néelson Hungria (1956, p. 201), a história dos crimes contra os costumes, é juntamente com o crime de homicídio, a mesma história do direito penal. Com efeito, em todos os tempos e civilizações e em distintas legislações, a vida do homem foi o principal bem jurídico tutelado, ao lado de sua honra e decência.

Nos séculos que se seguiram, o entendimento era de que somente mulher honesta e virgem poderia ser vítima crimes desta natureza. Esta definição perdurou até o século XX.

No Código Penal atual, lei nº 2.848/40, que entrou em vigor em 1942, o crime de estupro passou a ser definido da seguinte forma: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Nota-se que se perpetuou o entendimento que o crime só poderia ser praticado por homem contra mulher.

Interpretando o constante nesta nova lei, Néelson Hungria (1956, p. 187) repercutia o discurso: “O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que a mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos”.

Para configuração do delito é preciso que o agente atue empregando violência ou grave ameaça. A violência é utilização da força física para subjugar a vítima, já a grave ameaça poderá ser empregada diretamente à vítima ou contra pessoas que lhe são próximas.

Entendia o doutrinador que, embora o objeto material seja o corpo da vítima, o interesse tutelado é a liberdade sexual. A liberdade sexual da mulher, nas palavras de Hungria, “era o direito de a mulher dispor de seu corpo, com relação aos atos sexuais, praticados com a anuência do marido”. (HUNGRIA, 1956, p. 68).

A própria delimitação de quem poderia ser vítima e quem poderia ser autor do crime, reflete que o estupro é um processo consciente de intimidação através do qual os homens mantêm as mulheres debaixo do medo. Os homens que, incorrem nesta conduta, usam o estupro como uma tentativa de perpetuar um possível domínio masculino sobre as mulheres. (BROWNMILLER, 2007, p. 7).



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

A liberdade sexual da mulher, para as feministas, significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades voluptuárias. Deve a mulher ter a faculdade de comportar-se segundo suas aspirações carnis, sexuais, lascivas e eróticas.

O crime de estupro na constância do casamento ou união estável é denominado estupro intraconjugal. A doutrina penal ainda discute a respeito da possibilidade jurídica de o marido ser condenado pela prática de estupro contra a sua mulher. Nelson Hungria (1956, p. 130) entendia que, ao aceitar a vida em comum, não poderia a mulher se negar ao encontro sexual. A escusa à prática de atos sexuais seria inadmissível, já que ao agente estaria assegurado o exercício regular de um direito. As relações sexuais constituem, portanto, para autor, um dever da vida conjugal.

Hungria (1956, p. 132) completava seu raciocínio, afirmando que:

A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa seja mero capricho ou fútil motivo. (...) A mulher que se opõe a relações sexuais com o marido atacado de moléstia venérea, poderá ser vítima de estupro, caso haja emprego de força física.

Para o autor, só em casos de razões “ponderáveis” é que se configuraria o estupro. Entre as razões “justificáveis” expostas pelo doutrinador, elencavam-se os casos em que o marido fosse portador de doenças transmissíveis ou moléstias venéreas.

Mesmo assim, nestes casos, o marido não incorreria no tipo penal estupro, podendo responder por outros delitos, como os aqueles da periclitção da vida ou da saúde. Os penalistas, discordando de Hungria, se posicionam atualmente, ressaltando que homens e mulheres tem o direito de negar-se a se submeter à prática de atos lascivos que não queiram realizar, opondo-se a um possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra cônjuge, companheiro ou namorado. (NUCCI, 2007, p. 334).

Em outra parte de seus comentários sobre o crime de estupro, Hungria afirma que a violência ou grave ameaça do estuprador exige resistência da vítima. “Não há violência onde não existe resistência”. (1956, p. 142).



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

A definição de ameaça que Hungria traz em sua doutrina reforça que a vítima tem de, necessariamente, ser atingida “por pavor, temor angustiante, uma ação mental compressorá” (1956, p. 158), ressaltando que, se de alguma forma a mulher viesse a sentir prazer ou aproveitasse da conduta para satisfazer sua lascívia, não configuraria estupro.

O autor define que a “oposição deve ser sincera, e que a vítima tem que se impor contra o gozo do estuprador”, portanto a “simples relutância ou negativa não podem constituir a resistência requerida pela lei”. (HUNGRIA, 1956, p. 145).

Hungria ainda vem a ressaltar que será pela resistência, “séria e constante” apresentada pela vítima que se definirá sua honestidade e honradez. Por isso, o doutrinador reitera, em várias partes de seus comentários ao Código Penal, que é fundamental que o julgador faça um estudo completo dos personagens, considerando as condições, e analisando relatos dos mesmos. (1956, p. 156).

Nos crimes contra os costumes em geral, mas principalmente nos casos de estupro, a prova pericial não pode ser prova definitiva, relevando-se a o depoimento da vítima. Contudo, nos casos de mulher-vítima, suas palavras deveriam ser consideradas, se ela se mostrasse recatada, e sem aparente interesse de prejudicar o homem, no caso, o acusado.

Nas palavras de Hungria, “tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência moral. Tratando-se de vítima honesta, e de bons costumes, suas declarações tem relevante valor”. (1956, p. 390).

Por conseguinte, se a mulher fosse “classificada” pelo investigador policial, membro do Ministério Público ou, até mesmo pelo Juiz, como irresponsável e desajuizada, as provas deveriam ser apreciadas com mais cautela, já que sua palavra era questionável.

Hungria (1956, p. 391) completa que, “se a mulher alega, sem qualquer lesão, tiver sido estuprada por um só homem, que se utilizou da força física, suas declarações devem ser recebidas com reservas e desconfianças”. Para o jurista, nada impedia que as mulheres, acometidas de uma neurose histérica, simulassem a violência sexual, com objetivo de punirem homens que lhe “iludiram amorosamente”.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

CONCLUSÕES

Para Hungria, a lei deveria proteger o pudor público e individual, resguardando o indivíduo no que concerne a maturidade e liberdade sexual, principalmente para controlar a lascívia e a libido das pessoas, sendo necessário se punir crimes sexuais, porque o “amor sexual” tinha que se adaptar ao rito da vida social, e assim o faria com o controle do pudor: “corretivo à sofreguidão e arbítrio de Eros”. (HUNGRIA, 1956, p. 77).

A ideia de que a mulher deveria ser “honesta” e “virgem” era, portanto, uma questão de ordem social. “A mulher destituída de honradez, decência e compostura”, nos limites estabelecidos pelo próprio doutrinador, deveria ser excluída da proteção legal. (HUNGRIA, 1956, p. 145). Termos como estes demonstram a antiquada tutoria da moral sexual e dos chamados bons costumes, visando preservar uma pré-determinada pureza e inocência da mulher.

O poder da punição, atrelado aos padrões socioculturais da época, e às opiniões pessoais de Hungria, culminaram em outra teoria de vitimização: excluía-se as vítimas de fato. Contudo, constata-se uma evidente evolução na interpretação dos doutrinadores, que, por exemplo, consideram que a vida “licenciosa” de uma prostituta não lhe retira o direito de dispor do próprio corpo, e, portanto, ter sua liberdade sexual protegida como qualquer outra pessoa.

Da mesma forma, foram criadas legislações para proteção da mulher vítima dos vários tipos de violência, o que também destituiu a figura de “fingida” e “falsa” atribuída à mulher pelo “príncipe dos penalistas”: Dr. Nélon Hungria.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des) ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Traduzido por Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 dez. 2014.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BROWNMILLER, Susan. **Against Our Will: Men, Women and Rape**. 2007. Disponível em: http://www.susanbrownmiller.com/susanbrownmiller/html/against_our_will.html. Acesso em: 20 de nov. de 2014.

FAUSTO, Bóris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo, 1880-1924**. São Paulo, Brasiliense, 1984.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

FUHER, Maximilianus Cláudio Américo. **O homicídio passional**. Justitia 59/81-104 e RT 392/32-46.

HUNGRIA, Nélon. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. VIII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 3º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Rui Cavallin. **Nélon Hungria, um flagrante íntimo**. Disponível em:
<<http://www.memorial.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=114>> .
Acesso em: 08 de jan. de 2015.



XI COLÓQUIO NACIONAL REPRESENTAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADES

VALENTE, Maria Inês Trifoglio; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Críticas à lei de assédio sexual**. Boletim IBCCrim, n. 103, v. 9, 2001, p. 12.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.