



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Educação e Humanidades

Faculdade de Educação

Rogéria da Silva Martins

As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro: um estudo da *sentencing* de um tribunal do interior da Bahia

Rio de Janeiro

2011

Rogéria da Silva Martins

**As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro: um estudo da
sentencing de um tribunal do interior da Bahia**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Amadeo Gentili

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CEH/A

M386 Martins, Rogéria da Silva.
As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro : um estudo da sentencing de um tribunal do interior da Bahia / Rogéria da Silva Martins. – 2011.
272 f.

Orientador: Pablo Gentili.
Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação.

1. Estupro (Direito penal) – Ilhéus (BA) – Teses. 2. Estupro – Legislação – Brasil – Teses. 3. Sentenças (Processo penal) – Ilhéus (BA) – Teses.
4. Adolescentes – Maus-tratos – Ilhéus (BA) – Teses. 5. Crianças – Maus-tratos – Ilhéus (BA) – Teses. I. Gentili, Pablo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação. III. Título.

nt

CDU 343.541(813.8)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese.

Assinatura

Data

Rogéria da Silva Martins

**As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro: um estudo da
sentencing de um tribunal do interior da Bahia**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas e Formação Humana, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 21 de julho de 2011.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Amadeo Gentili
Centro de Educação e Humanidades - UERJ

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Esther Maria de Magalhães Arantes
Centro de Educação e Humanidades - UERJ

Prof.^a Dra. Hebe Signorini Gonçalves
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof.^a Dra. Joana Domingues Vargas
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Paulo Cesar Pontes Fraga
Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Para todas as crianças e adolescentes agredidas. Eis uma forma de estender a mão.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um exercício sempre necessário na prática da vida. Contudo, o registro assim formal, em poucas palavras, parece-nos insuficiente pelo tanto de ações e pessoas às quais gostaríamos de agradecer. E parece que as palavras ainda são limitadas. Ao escrever, fiquei com um medo enorme de deixar de citar alguém e, para variar, tive que estabelecer um critério. Tentarei evocar os eventos e as pessoas mais diretamente ligadas à realização desse trabalho. Essa ligação tem vários sentidos e variadas intensidades, sem, contudo, deixar de considerá-las tão importantes as não registradas aqui.

Para iniciar, menciono um elemento importante na realização de uma atividade de pesquisa como essa. Sem o apoio das políticas públicas voltadas para o desenvolvimento científico do país, as pesquisas, sobretudo de caráter empírico, sofreriam significativos comprometimentos. Nesse sentido, gostaria de agradecer à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ. Sem esse apoio financeiro (junto com as “promoções das Cias Aéreas”), não seria possível mesmo bancar a “ponte aérea” escalada por mim, entre Ilhéus e Rio de Janeiro.

Devo agradecer, também, à Universidade Estadual do Rio de Janeiro, representada pelo Prof^o Dr. Pablo Gentili, meu orientador. Agradeço a liberdade que me concedeu para trilhar os caminhos das escolhas, prática pouco rotineira no universo acadêmico, afeito ao enquadrando teórico. Agradeço, especialmente, ao pessoal do apoio no Programa de Pós-Graduação de Políticas Públicas e Formação Humana – mais conhecido como “o PPFH”. Agradeço pontualmente à Marcele, sua gentileza “estrutural” me ajudou muito com os documentos officiosos, eu lá da Bahia, depois em Minas, e você sempre “quebrando meu galho”. Agradeço também ao pessoal da secretaria do PPFH: Felipe, Samira, Luzinete, e um beijo grande em Maria. Eu sempre chegando de mala na mão e você me oferecendo aqueles biscoitos especiais.

Tenho que fazer um registro especial aos amigos do PPFH, embora “aquele churrasco” nunca tenha saído, demos boas risadas e reclamamos juntos sobre muitas coisas. Um beijo grande em Lauriana Paiva, Graziela, Andrea Vale, Juarez, Roberto, Wilson, Klélia. Foi divertido, tudo! Para Esther Luck, gostaria de fazer um registro especial, pois se tornou minha grande amiga, ultrapassando a fronteira dos tempos de aula. Na vida, o que importa é isso, os

caminhos que fazemos e, sobretudo, os amigos que estabelecemos ao longo da nossa estrada. Eu gostaria de agradecer pelo imenso carinho que sempre percebi em você para comigo. Não sei se devemos agradecer essas coisas; só sei que nos tornamos pessoas melhores com essa profusão de carinho.

Preciso agradecer especialmente a três professoras. Agradeço à Joana Vargas, aquela que me deu a direção no ato da qualificação. Sua notória produção acadêmica sobre o tema revelou a precisão do caminho. Gostaria de agradecer também à Vera Calheiros, que me tocou, profundamente, com tanta generosidade ao ler meus primeiros “desenhos” da tese, uma verdadeira metodologista. Por fim, agradeço, especialmente, à Vanilda Paiva, aquela cujos textos eu já lia e admirava no meu curso secundário. Aquela intelectual que eu coloquei em um pedestal, sem imaginar que, um dia, estaríamos num restaurante falando de coisas da vida. O mundo é curto no tempo mesmo. Gostaria de agradecer, pontualmente, sua preocupação com meu estado pessoal e sua preciosa avaliação na minha qualificação. Tem dedo seu aqui também.

No tocante aos tempos do Canadá, gostaria de agradecer de forma mais específica à família carioca-canadense, os “Simonard Brazil”, que me acolheram com braços de família e fizeram de sua casa meu porto seguro. É um privilégio ter a possibilidade de desfrutar de um espaço como esse para deixar esse registro no mundo. Nunca poderei esquecer tamanha generosidade. Todos aqueles que partem e moram longe dos seus sabem do que estou falando. A vocês, Pedro, Maria, Henrique, Jujuca e, especialmente, a Dafne Brazil, minha infinita gratidão. Jamais esquecerei os momentos de tantas dúvidas que discutimos e, sem querer, trocamos, uma ajudando a outra. Foi um momento difícil, mas vocês fizeram toda a diferença. Foi um grande reencontro, não dá mais para separar. Também gostaria de registrar a colaboração generosa de Fernanda, no Canadá. A ela, devo minha apresentação a *sentencing*. Depois, tive que mergulhar na literatura. À Ana Flavia e Bruno Lucena, dois advogados brasileiros no Canadá, obrigada pelas dicas. Não poderia deixar de mencionar o companheirismo dos imigrantes brasileiros no Canadá: Bruno Guedes, Marcos, Geisa, Andrea, Dimitri, Pedro e Thais. Vocês tornaram essa cidade fria mais aquecida.

No Rio de Janeiro, os amigos que ficaram foram muitos e parti para Bahia com grandes incertezas; foi difícil seguir outros caminhos, mas melhor ainda era chegar. A vocês, que sempre me receberam de braços abertos e me mantiveram ligada pelos mecanismos virtuais, meus mais sinceros agradecimentos. O tempo nada levou. Em especial, agradeço à

Leila Cerqueira, que compartilhou comigo, na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, as mais chocantes indignações com os maus tratos infanto-juvenis. Alê, Guedes, Silvana e a pequena Beatriz; Isabela, Nando, Adrianinha, Marcos, Aline, Gláucia e as pequenas; Vinicius, Monica, Rogério, Andreia Gama, Sandra, Leila, Rogerio e Andreia, quando o “tranco” pesou, vocês me deram a maior força. Muito obrigada mesmo.

Não poderia deixar de registrar os agradecimentos aos companheiros de Ilhéus, tenho muitas saudades da velha cidade. Agradeço, portanto, a Beto, Lena e, em especial, aos pimpolhos Ian e Ícaro; Maria Elizabete, Marisa, Julia e Tiana. E os que partiram de Ilhéus, agora a gente vai ter que se encontrar pelo mundo: Paulinho, Rô e Miguel, Gabriela e Ana Cláudia. Os momentos difíceis de minha distância do Rio de Janeiro certamente se tornaram suportáveis por conta desse apoio generoso que proveio dos encontros coletivos, realizados vez por outra para abrandar nossa saudade, nós “forasteiros”. Gostaria de fazer um registro especial à Leylane Cabral, minha ex-aluna, membro do grupo de pesquisa em que trabalhamos, e que se tornou minha escudeira no tribunal ilheense, agora como acadêmica do Direito. Sua ajuda com os “autos” foi fundamental. Como eu estava no Canadá, ter você em Ilhéus permitiu minhas constantes interpelações com a instituição judiciária. Seu trabalho me deu uma ajuda fulcral.

Também não posso deixar de agradecer a Angelo, chefe do cartório, que prontamente me atendeu quando cheguei pela primeira vez à Vara e pedi para conversar. Não disse nada, mas estava com o coração na mão. Se você me dissesse não, naquele momento, estaria perdida. Você me deu a tese com sua permissão. Muito obrigada. Espero que, de alguma forma, esse trabalho possa retornar como instrumento para devolver as indagações que construímos, conversando sobre a dinâmica da instituição. Preciso agradecer também ao apoio “técnico” de duas colegas advogadas, Dra. Cristiane, defensora Pública em Ilhéus, pelo começo de tudo, no Tribunal ilheense; e também a Dra. Mariana Vieira, advogada brilhante do *Núcleo Especial de Atendimento à Criança e Adolescente Vítimas de Violência Doméstica e Sexual de São Gonçalo/RJ*.

Ainda no Rio de Janeiro, gostaria de agradecer ao Dr. Brazil Caiado, meu médico no INCA, o qual reforçou minha crença no valor dos serviços públicos. Seu jeitão particular no trato com os pacientes aduz a uma medicina para salvar vidas, mesmo nas mais limitadas condições.

Nessa trajetória, recorro ao Gonzagão: *minha vida é andar por esse país, para ver se um dia descanso feliz. Guardando as recordações, das terras por onde passei... e dos amigos que lá deixei, seguindo o roteiro com saudade no coração...* Esse tempo da tese foi correndo mala, saí do Rio de Janeiro, fui para Bahia, depois para o Canadá e estou agora em Minas Gerais. É muita gente para agradecer, muita saudade... ainda bem, né? Sinal que podemos voltar sempre. Aqui em Minas, gostaria de agradecer à Beatriz Bastos, amiga que acabei “roubando” do Paulo. Chegar numa cidade nova sempre nos revela alguns temores e muitas dúvidas. Bia, muito obrigada pelas constantes respostas virtuais. Outra mineira especial a quem gostaria de agradecer é Anunciatta, minha professora de francês, que se tornou uma amiga para os “saraus” da cidade; sua generosidade me cativou, bem como o bolinho de milho com café, durante as aulas. Também gostaria de agradecer a Prof^{ra} Thais, que generosamente aceitou o desafio de fazer a revisão do texto em tão pouco tempo.

Devo agradecer também, com muito carinho, à família conquistada, D. Gracira e seu Luyper, obrigada por entenderem quando eu “saí do mapa”. Em especial, agradeço à minha família, que sempre, sem entender direito minha trajetória, depositou em mim confiança e expectativa de uma vida profissional realizada. Agradeço a minha mãe, pelo crédito depositado e sua paciência nas ausências (o que para você, eu sei, representou grande esforço); durante suas ligações, eu dizia: *mãe, até o final da tese, estou incomunicável*. Como dizem os baianos, vai desculpando aí... A meu irmão, pelo constante incentivo e seu olhar atencioso de longe, saber que posso contar com você é uma zona de conforto, sempre. Luiz, Vovó Maura, Ana Lúcia e meus sobrinhos Matheus e Bia, a saudade foi grande demais e me curvei muitas vezes às lembranças de vocês, de nossos eternos reencontros, queria ter trabalhado menos e feito mais com vocês. Especialmente, tento responder com essa tese à Bia e sua pergunta emblemática diante de minhas ausências: *Pô, tia, você está em recuperação? Você não pára de estudar, até que série você vai?* Diante de pergunta tão difícil, me vi limitada a responder que precisava continuar estudando... Sei que não agradei, mas aos poucos ela está entendendo o que significou essa resposta. A meu pai também que, embora não esteja mais presente, se eternizou em minhas memórias, ao som de sua risada e de suas palavras... Com certeza, se ele estivesse aqui, quando eu mostrasse esse trabalho, ele iria achar graça e dizer: *E depois? Faz o quê?* Diria eu, então: *Não estou preparada para responder ainda*.

Finalizo com um agradecimento especial ao Paulo, aquele que me deu a direção do caminho acadêmico e no qual aprendi a me espelhar pela sua coerência intelectual e

profissional, por suas admiráveis convicções éticas e ideológicas mais profundas, em meio às mais diferentes adversidades. E, particularmente, registro a construção de uma relação baseada em muito companheirismo e cumplicidade. Nesse último momento, então, realizamos uma operação de guerra em casa: eu escrevendo e você lendo; mais uma frente de batalha na nossa história. Nesses quatro anos da tese, durante os quais também fui brindada com um enfrentamento difícil por demais, que quase me levou a desistir, você me deu a mão forte. Sua presença foi inspiração constante para o meu conforto, mesmo diante de tamanha dificuldade. Eu, diante de meu pragmatismo imperioso, lembrei de Ivan Lins e Gonzaguinha, sua risada mais gostosa me desconsertou e esse seu jeito de achar que a vida pode ser maravilhosa, me fizeram ter fé na vida. E eu acreditei mesmo; por você.

O mais importante e bonito do mundo é isto: é que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas- mas que elas vão sempre mudando... o correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.

Guimarães Rosa

RESUMO

MARTINS, Rogéria da Silva. *As microlitigiosidades da atividade adjudicante nos crimes de estupro: um estudo da sentencing de um tribunal do interior da Bahia*. 2011. 272 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana) - Faculdade de Educação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O presente trabalho buscou investigar as sentenças dos delitos de estupro contra crianças e adolescentes, na cidade de Ilhéus, no período de 1964 a 2008. O intento pretendeu analisar as fragilidades do sistema judicial penal no reconhecimento das vítimas desse tipo de crime, caracterizando as disparidades das penas nos crimes de estupro a partir da aplicação das penas pelos magistrados. A análise dos elementos que se colocam como determinantes nas tomadas de decisão dos juízes envolveu instrumentos seletivos circunscritos na resolução da justiça penal. A pesquisa empírica empreende uma análise da sentencing nos processos de crimes de estupro, no concernente aos processos sentenciados, observando as problematizações das variáveis explicativas das decisões sobre o crime de estupro tomado pela autoridade judiciária, na sentença. A sentencing se dirige à análise do processo decisório fundamentalmente como prática social, nesse sentido compreendendo o fenômeno da decisão judiciária como uma prática complexa e subjetiva que envolve determinantes decisórios que caracterizam as disparidades das penas e, conseqüentemente, a desigualdade dos tribunais. Na moldura metodológica foram selecionados 84 (oitenta e quatro) processos nas duas Varas Criminais da Comarca de Ilhéus durante o período de 1964 (processo mais antigo sentenciado) a 2008 (processo mais recente sentenciado). Os critérios legais, extraleais e o contexto social fizeram parte dos determinantes na tomada de decisão dos juízes, bem como sua disposição penal na aplicação da norma diante de seu poder discricionário composto pela análise qualitativa e quantitativa. A partir das microlitigiosidades caracterizada na abordagem tradicional e a abordagem sociológica da sentencing, previamente definidos nessa pesquisa, inspirado pelas categorias de análise sugeridas por Vanhamme e Beyens (2007) revelou um desempenho classicista e reativo do sistema judicial de Ilhéus de relações estreitas com o formalismo jurídico, em detrimento de uma magistratura mais democrática dinamizada pela justiça social, no qual assentou o estupro ainda como um crime focalizado na violência física.

Palavras-chave: sentenças judiciais de estupro. crianças e adolescentes. disparidades das penas. desigualdade dos tribunais.

ABSTRACT

The aim of this study is to investigate sentencing of rape crimes against children and teenagers in the city of Ilheus, State of Bahia, Brazil, between 1964 and 2008. This thesis analyzes the fragility of the judicial system from the standpoint of judicative exercise characterizing the disparity of criminal punishment for rape, considering the application of punishment by the magistrates. Analysis of elements that determine decision making of judges involved selective instruments circumscribed in criminal justice resolution. Empirical analysis is based on the theoretical framework of sentencing in rape cases from the perspective of the convict, while questioning the explanations for decisions taken by the judicial authority that serve as grounds for sentencing. In essence, sentencing addresses the analysis of decision-making as a social practice. In this case, the concept comprises the phenomenon of the judicial decision as a complex and subjective practice involving decision determinants that characterize the disparity of the punishment and, consequently, inequality of the courts. A total of 84 (eighty-four) cases from 1964 (the oldest case) to 2008 (the most recent case) in the two criminal courts of the district of Ilheus, State of Bahia, Brazil, were selected for the methodological framework. Determinants in decision-making of judges include judicial and extra-judicial criteria, the social context and criminal law provisions in the application of regulations in light of discretionary power based on qualitative and quantitative analysis. Micro-litigation characterized in the traditional and sociological approach to sentencing previously determined in this study and inspired by the research categories suggested by Vanhamme and Beyens (2007) revealed a classicist and reactive tendency of the judicial system in Ilheus that is closely related to legal formalism, to the detriment of a more democratic judiciary stimulated by social justice, in which rape is still considered a crime that is based on physical violence.

Keywords: sentencing of rape crime. children and teenages. disparity of the punishment e inequality of the courts.

RÉSUMÉ

Le présent travail cherche à examiner les sentences des délits de viol contre les enfants et adolescents dans la ville d'Ilhéus, pendant la période de 1964 à 2008. La thèse analyse la fragilité du système judiciaire pénal à partir de l'exercice juridictionnel en caractérisant les disparités des peines pour les crimes de viol, en considérant l'application des peines par les magistrats. L'analyse des éléments considérés comme déterminants dans la prise de décision des juges a impliqué des instruments sélectifs circonscrits dans la résolution de la justice pénale. La recherche empirique entreprend une analyse, utilisant la référence théorique du « sentencing » dans les procès de crime de viol en relation aux condamnés, en observant la problématique des variables explicatives des décisions sur le crime de viol, prises par les autorités judiciaires, dans la sentence. Le « sentencing » conduit à l'analyse du procès décisif fondamentalement comme pratique sociale. Dans ce sens elle comprend le phénomène de la décision judiciaire comme une pratique complexe et subjective qui inclut des déterminants décisifs qui caractérisent les disparités des peines, et, par conséquent, l'inégalité des tribunaux. Dans le cadre méthodologique, 84 (quatre-vingt quatre) procès ont été sélectionnés dans deux Cours Pénales d'Ilhéus pendant la période de 1964 (le procès jugé le plus ancien) à 2008 (le procès jugé le plus récent). Les critères légaux, extra-légaux et le contexte social ont fait partie des déterminants dans la prise de décision des juges, ainsi que leur disposition pénale dans l'application de la norme en fonction de leur pouvoir discrétionnaire composé par l'analyse qualitative et quantitative. A partir des micro-litiges caractérisés dans l'approche traditionnelle et l'approche sociologique du sentencing, précédemment définis dans cette enquête et inspirés par les catégories d'analyse suggérées par Vanhamme et Beyens (2007), se révèle un fonctionnement classiciste et réactif du système judiciaire d'Ilhéus en relation étroite avec le formalisme juridique, dans lequel le viol est encore considéré comme un crime focalisé sur la violence physique, au détriment d'un système judiciaire plus démocratique dynamisé par la justice sociale.

Mots-clés: sentences des délits de viol. enfants et adolescents. disparités des peines e inégalité des tribunaux.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - PROCESSOS INVESTIGADOS NA PRIMEIRA VARA (1964-2008).....	171
Gráfico 2 - PROCESSOS INVESTIGADOS NA PRIMEIRA E SEGUNDA VARAS (1964-2008).....	172
Gráfico 3 - FREQUÊNCIA DE PROCESSOS ESTUDADOS POR DÉCADA.....	201
Gráfico 4 - RELAÇÃO AGRESSOR COM A VÍTIMA.....	237
Gráfico 5 - FAIXA ETÁRIA DA VÍTIMA.....	245
Gráfico 6 - FORMAS DE COAÇÃO.....	246
Gráfico 7 - REINCIDÊNCIA CRIMINAL DO AGRESSOR.....	251
Gráfico 8 - COR DO AGRESSOR.....	253
Gráfico 9 - COR DA VÍTIMA.....	256
Gráfico 10 - LOCAL DO CRIME.....	259
Gráfico 11 - ORIGEM DA DENÚNCIA.....	260

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 -	LEGISLAÇÃO ENVOLVIDA NO ESTUDO.....	84
Quadro 2 -	PENAS DE ESTUPRO DURANTE O PERÍODO DE COBERTURA DO ESTUDO	108
Quadro 3 -	sISTEMATIZAÇÃO DA TEORIA DA SENTENCING.....	140
Quadro 4 -	PERÍODO DE ANÁLISE DAS SENTENÇAS.....	169
Quadro 5 -	PROCESSOS INVESTIGADOS NA SEGUNDA VARA.....	172
Quadro 6 -	MÉDIA DO TEMPO DOS PROCESSOS ARQUIVADOS POR PRESCRIÇÃO.....	190
Quadro 7 -	FREQUÊNCIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA DOS PROCESSOS ESTUDADOS.....	195
Quadro 8 -	FREQUÊNCIA DOS MAGISTRADOS NOS PROCESSOS ESTUDADOS...	199
Quadro 9 -	QUANTITATIVO DE JUÍZES.....	209
Quadro 10 -	ESPECIALIZAÇÕES JURIDICIONAIS NA CIDADE DE SALVADOR - LEGISLAÇÕES ANTIGAS.....	209
Quadro 11 -	ESPECIALIZAÇÕES JURISDICIONAIS NA CIDADE DE SALVADOR - LEGISLAÇÃO ATUAL (2007).....	210
Quadro 12 -	ESPECIALIZAÇÕES JURISDICIONAIS E QUANTITATIVO DE MAGISTRADOS NA CIDADE DE ILHÉUS.....	218

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AVP	Atentado violento ao pudor
CECRIA	Centro de referência, estudos e ações sobre crianças e adolescentes
CEDECA	Centro de defesa da criança e adolescente
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EPT	Educação para todos
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas corpus
IPRAJ	Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária
ONU	Organizações das Nações Unidas
PL	Projeto de lei
SAIPRO	Sistema de acompanhamento integrado de processos judiciais
SEDH	Secretaria Especial de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UESC	Universidade Estadual de Santa Cruz

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	19
1	ESTUPRO E SUAS VICISSITUDES	26
1.1	Definição legal e a inscrição do delito	26
1.2	Hermenêutica do estupro	30
1.3	Hierarquização da violência	41
1.4	Escalonamento do crime	44
1.5	Novas sensibilidades	49
1.6	Estupro e as verdades jurídicas nos crimes sexuais - o universo arduo da reconstituição do fato jurídico	56
2	LEGISLAÇÃO E OS FUNDAMENTOS LEGAIS E SOCIOLÓGICOS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO PARA DELITO DE ESTUPRO	67
2.1	Surgimento da vítima	67
2.1.1	<u>Vitimologia</u>	70
2.2	As relações de desigualdade nos litígios dos tribunais a partir das provas	71
2.3	Histórico progresso do estupro na legislação - Ordenações Portuguesas, Código de 1830 e Código de 1890	78
2.4	A legislação antiga - Código de 1940	83
2.5	Estupro enquanto crime hediondo	89
2.5.1	<u>Estupro com presunção de violência</u>	91
2.6	Nova lei - Código de 1940	95
2.7	Estatuto da criança e do adolescente - ECA/1990	98
2.8	Penas	102
3	ESTUDOS DA SENTENCING E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO	112
3.1	A pesquisa em sentencing	112
3.1.1	<u>Modelo teórico sociobiográfico</u>	116

3.1.2	<u>Modelo teórico antropológico</u>	117
3.1.3	<u>Modelo teórico sócio-estrutural</u>	117
3.1.4	<u>Modelo teórico sóciocognitivo</u>	118
3.2	Abordagem tradicional da sentencing	119
3.2.1	<u>Critérios legais</u>	122
3.2.2	<u>Critérios extralegais</u>	122
3.2.2.1	Os antecedentes criminais	123
3.2.2.2	As questões de gênero no crime de estupro	124
3.2.2.3	As classes sociais - a posição social	127
3.2.2.4	Grupos étnicos e o estupro	128
3.3	Abordagem sociológica	131
3.3.1	<u>Sentencing enquanto um fenômeno contextualizado</u>	131
3.3.1.1	Cultura jurídica	132
3.3.2	<u>Sentencing como atividade colaborativa e interacional</u>	136
3.3.3	<u>Sentencing como saber prático, intuitivo</u>	138
3.4	Os acusados de estupro	140
3.5	As sociologias da modernidade e o contexto do Estado punitivo	147
3.6	Sistema penal brasileiro	154
4	O DESENHO DA PESQUISA	163
4.1	Introdução	163
4.2	A pesquisa de campo nos tribunais - coleta de dados	164
4.3	As fichas simbólicas - os processos	173
4.4	Metodologia	178
5	O CAMINHO REVELADOR DAS SENTENÇAS	186
5.1	Visão geral dos processos estudados	186

5.2	O contexto social em jogo - a cultura jurídica da Bahia e o desenho institucional da comarca de Ilhéus/BA	193
5.2.1	<u>Contexto de Bahia</u>	205
5.2.2	<u>As varas crimes do fórum de Ilhéus</u>	214
5.3	O critério legal - a gravidade dos fatos na aplicação da norma	223
5.3.1	<u>Materialidade do crime e a suspeita das vítimas</u>	226
5.3.2	<u>A presunção da violência</u>	231
5.3.3	<u>As formas qualificadas</u>	235
5.3.4	<u>A relação entre acusado e vítima</u>	236
5.3.4.1	Incesto	237
5.3.4.2	Namorado	240
5.3.4.3	Conhecido	242
5.3.5	<u>A idade da vítima</u>	244
5.3.6	<u>Formas de coação</u>	245
5.4	O critério extralegal - as características do acusado e da vítima	247
5.4.1	<u>O acusado</u>	247
5.4.1.1	Antecedentes criminais	250
5.4.1.2	Posição social	252
5.4.1.3	Origem étnica	253
5.5	Outras interferências dos processos de Ilhéus	254
5.5.1	<u>A vítima das sentenças de Ilhéus</u>	254
5.5.2	<u>Os locais de ocorrência do crime</u>	256
5.5.3	<u>Origem da denúncia</u>	259
6	CONCLUSÃO	261
	REFERÊNCIAS	273
	ANEXO A - A. Ficha de levantamento de processos - 1ª seleção	289
	ANEXO B - B. Ficha de levantamento da organização judiciária na Comarca de Ilhéus	290

INTRODUÇÃO

Esse trabalho foi um grande desafio colocado frente à minha curiosidade investigativa, pois sempre me incomodaram as respostas fáceis apresentadas para os problemas dos crimes sexuais: *o problema está na lei; precisa aumentar a pena; é uma questão cultural; é muito difícil comprovar; é coisa da esfera privada; ninguém gosta de falar; é uma prática comum...* Essas abordagens das representações coletivas sempre me soavam desconfortáveis. Fui para o mestrado com essa inquietação, ampliada particularmente pela experiência adquirida durante os anos de trabalho na *Comissão Permanente de Assuntos da Criança, Adolescentes, Jovens e Idosos*, na Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Uma experiência que me colocou frente a frente com o problema. O trabalho no mestrado, sobre crianças vítimas de abuso sexual e sua relação com a escola, me despertou mais interesse para aprofundar o tema. A aproximação com os estudos de outros pesquisadores (ARDAILLON; DEBERT, 1987; PIMENTEL et al, 1998; VIGARELLO, 1998; GOLDSCHMIDT, 1998; VARGAS, 2000, 2004) me ofereceu algumas respostas, mas eu queria mais; sobretudo, queria entender esse processo numa cidade do interior.

Depois de alguns revéses metodológicos, cheguei ao crime do estupro como um crime representativo dos crimes sexuais. A complexidade da relação entre o crime de estupro e as relações sociais revelou que não seria uma empreitada muito simples, pois envolvia uma prática social, numa ponta, e um quadro de desigualdade, na outra. Tecer essa trama envolvia considerar as modernidades impressas num tipo de Estado, entender as racionalidades da burocracia das instituições sociais, se aproximar da lógica das determinantes no processo de tomada de decisão da figura de quem tem a *verdade formal* nas mãos, compreender a hermenêutica da prática do estupro ao longo de uma lei diuturna, tendo como pano de fundo as mudanças sociais.

Alguns dos pesquisadores citados tinham antecipado que o estupro é um crime pesadamente condenado na sociedade, mas pouco punido nos tribunais. Como bem evidenciou Foucault (1987), o sistema de contenção e repressão não se organiza para perseguir todos os crimes e todos os ilegalismos. A curiosidade aumenta ainda mais em contextos de configurações democráticas mais frágeis, onde o empenho dos instrumentos estabelecidos para garantir a justiça social parece distante da realidade.

O intento do estudo foi perseguir as fragilidades internas da instituição judiciária, uma vez que suas práticas parecem não corresponder ao seu estabelecimento num sistema jurídico pautado num modelo liberal republicano, o que o torna protagonista na promoção da garantia da igualdade para todos e promotor da justiça. O quadro macrossocial sinalizava para a falência desse modelo de inspiração liberal (LOPES, 1994; FARIA, 1994; COUTINHO, 2002; ESTEVÃO, 2006). Para efeito desse trabalho, considerou-se, então, a literatura e as representações da justiça na sociedade, a ideia de direitos iguais para todos os cidadãos, o que configura um mito jurídico, na medida em que a expressão das diferenças é coberta pela própria lei e pelos operadores, ao se considerarem meros intérpretes ou transformadores da informação (TATA, 1997), a partir dessa conjunção legal. Segundo Kant de Lima (1989), são instrumentos de um sistema judicial, que, na prática, apenas aplicam a lei. Há ainda os mais críticos, chamando de *folclore jurídico* (REBUFFA, 1988) essa tentativa de consolidar uma ideia de verdade jurídica pautada na igualdade.

Esses elementos despertam ainda mais a necessidade de provocar estudos para compreendermos melhor essas dinâmicas, essas lógicas e, sobretudo, essas práticas jurídicas. Esse trabalho elegeu como objeto a etapa final no âmbito do judiciário, a partir da análise das sentenças judiciais – a decisão final¹ de um fluxo criminal da justiça.

Assim, o presente trabalho buscou investigar as sentenças dos delitos de estupro contra crianças e adolescentes, na cidade de Ilhéus, no período de 1964 a 2008. Alguns questionamentos se fizeram na investidura de uma investigação desse porte, baseados na predisposição de uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente lassa para determinados crimes. A revelação das disparidades das penas em comportamentos delituosos tão semelhantes instigou a curiosidade, uma vez que essa disparidade sinalizava para a desigualdade dos tribunais. Percebeu-se também que essas determinantes não eram exclusividade do magistrado, mas envolviam a instituição judiciária e o próprio Estado de Direito, no qual a normativa nacional se enquadra. A cultura jurídica passa a ser um componente nessa análise junto com outros elementos: a passagem do ato e a composição da gravidade dos fatos pelo magistrado, dentro do critério legal e os esteriótipos (PIMENTEL et al, 1998; VARGAS, 2000, 2004) na composição moral dos acusados e das vítimas como determinantes das sentenças. Esse

¹ Num Tribunal de 1ª Instância.

trabalho buscou apontar para uma composição de elementos que instrumentalizam os decisórios jurídicos: as concepções de Estado, a característica da cultura jurídica e sua capacidade de recursos; os instrumentos legais e extralegais na composição da sentença; e a suspeição pelo magistrado da intencionalidade dos atores envolvidos no comportamento delituoso. Esses elementos ajudam a refletir sobre a legitimidade social dos tribunais e sobre a natureza da independência política dos magistrados.

A pesquisa empírica empreendeu uma análise da *sentencing* nos processos de crimes de estupro, no concernente aos processos já sentenciados, observando as problematizações das variáveis explicativas das decisões sobre o crime de estupro tomadas pela autoridade judiciária na sentença. Foram 84 processos selecionados, no período de 1964 a 2008, dos quais empreendeu-se uma análise qualitativa, com a técnica da análise de conteúdo. Complementarmente, foi realizada pesquisa quantitativa para analisar os critérios extralegais impressos nos atores envolvidos: acusado e vítima. A busca pelos protagonistas dessa ação encontrou correspondência na *sentencing*, por considerar que a figura do magistrado protagoniza as práticas jurídicas, embora não seja o único elemento. Contudo, não podemos deixar de reconhecer que o desempenho de seu ofício na instituição judiciária é dotado de muita autoridade; principalmente, no modelo da tradição jurídica na *civil law* e, nesse sentido, sua figura ganhou relevo nesse trabalho.

Os critérios legais, extralegais e o contexto social fizeram parte dos determinantes na tomada de decisão dos juízes, bem como sua disposição penal na aplicação da norma diante de seu poder discricionário, tornando-se, então, componentes das análises qualitativa e quantitativa. O estudo se reportou a uma abordagem sociológica mediada pelo sistema normativo do direito internacional e do direito brasileiro, a partir da compreensão das fragilidades instrumentais do sistema político brasileiro, na adoção das normativas nacionais, para coibir práticas de estupro contra crianças e adolescentes. A pesquisa buscou interpretar a dinâmica das disparidades das penas, revelando uma desigualdade social pelos tribunais. Trabalhou-se com a hipótese *a priori* de que o direito pretende produzir uma verdade a partir do fato jurídico e, nesse caminho, desenvolve elementos para produzir a desigualdade penal.

A pesquisa buscou contribuir para diminuir as carências de estudos da justiça brasileira, particularmente na perspectiva qualitativa do movimento processual. Segundo Adorno (2002), há uma necessidade de pesquisas no país sobre o sistema do

fluxo criminal, na medida em que há poucos estudos disponíveis. Este estudo focalizou a etapa final do fluxo, mas não deixa de promover uma colaboração. O domínio da justiça criminal, em razão da posição sociopolítica dos tribunais, merece aprofundamento analítico, por parte de pesquisas empíricas que comecem a desvendar o universo controverso das litigiosidades no campo jurídico.

Essas percepções, na verdade, vão de encontro às perspectivas políticas mais conservadoras, que sinalizam para o endurecimento do sistema penal. Parece que essas questões são passíveis de algumas reflexões sociológicas, sobretudo no que diz respeito à repulsa social a determinados crimes. Ainda existem muitas inquietações que só poderão ser mais aproximadas, com o aprofundamento do conhecimento sobre o sistema jurídico penal. O crescimento de determinadas modalidades de crime cria a carência de estudos empíricos que revelem suas reais dimensões.

As práticas jurídicas, todavia, revelam nuances nem sempre coadunadas com essa inspiração voltada para a efetiva proteção do bem jurídico aqui definido pela proteção integral de crianças e adolescentes. O reconhecimento dos indivíduos na situação de litígios revela não só suas condições materiais e culturais, mas seu *status*, a estima social que pode ser distorcida no tratamento diante dos tribunais².

A necessidade de estudo do sistema dá-se pela pouca tradição de estudos empíricos sobre a aplicação da justiça, como destaca Vargas (2000), e também pela necessidade de se desvendar um pouco essa concepção de impunidade que está representada por muitos equívocos no imaginário social. A “justiça é falha”, quando não se pune exatamente do jeito que queremos e na forma que queremos, em algumas situações. O que está por trás dessas “falhas” nas sentenças judiciais? A disparidades das penas, os critérios da tomada de decisão e a cultura judiciária parecem fornecer algumas respostas, as quais esse trabalho buscou desvendar.

As análises conclusivas revelaram um quadro com particularidades que não encontrou correspondência, sob alguns aspectos, na literatura; o que reforça a possibilidade de uma contribuição. A moralização intermitente, que atravessa os tempos e se aplica pontualmente nos tribunais, aduz a uma negação da ordem social pela

² Registra-se que o termo adotado aqui na pesquisa refere-se aos órgãos jurisdicionais de **primeira** (juízo das varas e/ou comarcas, no âmbito da Primeira Instância), **segunda** (os Tribunais de Justiça do Estado) e **terceira** instância (no Supremo Tribunal Federal, na Corte Superior). A categoria está mais atrelada aos órgãos jurisdicionais, em geral, como representação do âmbito jurídico das instituições sociais de responsabilização. Alude-se à categoria sinônima, com a mesma concepção os “sistemas jurídicos”.

instituição judiciária ilheense. Bem como a focalização da ofensa na honra e não no ato violento em si, foi expressa na convergência dos indícios físicos em detrimento de uma violência moral (VIGARELLO, 1998). Esse autor mostrou que muito se caminhou para chegar nesse nível de definição do estupro; e nosso estudo verifica que, em Ilhéus, passos largos e apressados ainda precisarão ser dados para se alcançar ali esse *status* de definição do estupro, que engloba não só a violência física, mas as interpelações da ofensa que não estão expressas no corpo, mas estão expressas nas consequências desse ato na vida de sua vítima. As características da instituição jurídica local e a cultura judiciária de seus membros revelaram um desempenho classicista, reativo, pouco afeito a instrumentos mais progressistas.

Visando alcançar uma recolocação da lei no momento de sua criação no Brasil, dialogando com a prática no Antigo Regime da França (VIGARELLO, 1998), o **Capítulo I** explica a hermenêutica do estupro, ou seja, a busca, ao longo da história, das práticas do estupro, compreendendo a leitura de referências da compreensão da prática de estupro em diversos contextos históricos e culturais. A importância desse capítulo, orientado por Robert (2007), foi procurar entender o desempenho dos atores envolvidos e procurar, nas raízes da construção na norma, os elementos que ainda se fazem presentes, sobretudo, na lógica dos magistrados. A moralização não é só de um magistrado, mas ele se apropria de uma herança construída socialmente. Nesse sentido, sua hierarquização diante de outros crimes, seu escalonamento para chegar ao *status* de uma violência moral, e as sensibilidades que foram significativas para a mudança da percepção desse crime constroem um universo ardiloso para imprimir uma verdade jurídica.

Já o **Capítulo II**, enquanto um subconjunto do quadro teórico geral, tenta demonstrar a previsão legal da normativa nacional da legislação brasileira para o estupro e o processo histórico de introdução dessa normativa no Brasil, bem como suas implicações doutrinárias. A opção por uma abordagem teórica sociológica fundamentou as prescrições legais para buscar a origem das regulações legais da legislação brasileira no que se refere à proteção de crianças e de adolescentes para esse crime. As normativas jurídicas e suas alterações ao longo dos anos foram importantes para o entendimento da aplicação da regra jurídica nas sentenças estudadas.

Os estudos da *sentencing* ganham centralidade, após essa contextualização do universo histórico e doutrinário legal do estupro, no **Capítulo III**, que busca

primeiramente explicitar ao leitor do que se trata essa abordagem na sociocriminologia. O foco nuclear desse trabalho segue no esforço teórico de explicitar como a disparidade das penas se estabelece, caracterizando a desigualdade dos tribunais; bem como os elementos que atuam nos determinantes dos decisórios jurídicos. Nesse momento, a abordagem tradicional e a abordagem sociológica são apresentadas para orientar o *corpus* teórico da análise dos dados. Aliado a esse esforço de analisar os atores envolvidos na sentença – magistrado, vítima e acusado –, apontou-se também uma literatura sobre o acusado. Para compreender o sistema penal brasileiro foi importante contextualizar também a lógica de um Estado penal impresso numa dada leitura da modernidade, uma vez que a *sentencing* elegia esse universo de análise, a partir das práticas jurídicas. Se os determinantes das sentenças revelam variáveis diferenciadas para cada delito e para cada processo julgado, era preciso investigar esses determinantes da literatura e contrapor aos resultados obtidos nesse trabalho.

Ainda para conferir explicações pelo caminho metodológico empreendido, no **Capítulo IV**, apresenta-se a pesquisa de campo realizada nas duas Varas Criminais na Comarca de Ilhéus/BA, explicitando tanto a coleta de dados, quanto a metodologia adotada, na abordagem empírica. Por se tratar de uma pesquisa realizada numa cidade no interior da Bahia, buscou-se explorar a caracterização da organização judiciária nesse universo, apresentando o quadro das fichas simbólicas. A metodologia empreendida pela análise de conteúdos com as referidas categorias analíticas são apresentadas para validar os instrumentos de análise.

Por fim, no **Capítulo V**, apresentam-se as análises do estudo, mostrando o quanto podem ser reveladoras as sentenças judiciais. Esse capítulo busca oferecer uma visão geral dos processos estudados, aplicando as categorias analíticas previamente definidas na metodologia. Além disso, são arroladas outras inferências julgadas pertinentes para dar mais realce aos dados. A conclusão desta tese procura fazer um resgate sistematizado do quadro geral do estudo, não só aos aplicados nas análises, mas também os distribuídos pelas inferências teóricas ao longo da literatura sistematizada.

Este caminho foi pensado para convidar o leitor a uma leitura aberta às possíveis críticas e polêmicas, que porventura serão suscitadas, sobretudo pelos operadores do direito que podem buscar nos legalismos formas próprias de responder às críticas aqui impetradas. Não se considera que tal feito seja, em si mesmo, negativo, mas oportunidade fulcral de conhecer, permitindo dialogar com esses dois campos

disciplinares, defendendo, a partir de contribuições reveladoras, os caminhos que esse trabalho ainda tem que trilhar.

1. ESTUPRO E SUAS VICISSITUDES

1.1 Definição legal até o ano de 2008 e inscrição moral do delito

Os crimes sexuais, nos quais se enquadra o crime de estupro, aqui abordado, correspondem à tutela jurídica designada pelos crimes contra os costumes e abrange os artigos 213³ a 249 do Código Penal, além dos artigos 5º, 13, 18 e 244A do ECA/90⁴. As classificações mais comuns dos crimes sexuais abarcam: estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, corrupção de menores, e rapto (definidos nos artigos 213 a 222 do Código Penal), tanto em suas formas qualificadas quanto presumidas – quando a vítima é menor de 14 anos ou incapaz (art. 223 e 224 do Código Penal). Além desses, também são considerados crimes sexuais a mediação para satisfazer lascívia de outrem, o favorecimento de prostituição, a casa de prostituição e o rufianismo. A caracterização legal do estupro é feita no art. 213 do Código Penal.

Aqui será usada a definição do estupro que está na lei, sem que isso implique em negligenciar outros discursos que tentam defini-lo ou categorizá-lo na construção de um conceito nos diferentes campos disciplinares. Entretanto, o universo de análise eleito se inscreve nesse campo do direito, o qual assume uma autoridade diante dos outros conhecimentos, bem no sentido da dominação legal de Weber, sob o argumento da objetividade jurídica. Essa opção não se coaduna com uma leitura da normatividade enquanto um objeto jurídico absoluto, mas para efeito do instrumento que é objeto da pesquisa – as sentenças judiciais – esse enquadramento foi observado. Essa definição legal busca ser clara, objetiva e marcar condutas expressas na lei a partir de uma doutrina interpretativa, baseada na hermenêutica jurídico-penal. Contudo, essa objetividade buscada pela doutrina não é necessariamente tão simples na sua expressão na lei. Percebe-se uma recorrente dificuldade por parte dos legisladores em regular as condutas, incorporar os elementos que definem a prática, sobretudo em razão do

³ Classificado como crime hediondo pela alteração da Lei nº. 8072, de 25 de julho de 1990. De acordo com o artigo 224, do Código Penal, quando a vítima é menor de 14 anos, alienado ou débil mental ou por qualquer outra causa não tiver possibilidade de se defender, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados, mesmo sem a mediação de uma violência explícita ou uma grave ameaça.

⁴ Nesse instrumento normativo não se tem uma expressão explícita para o estupro; são usados termos genéricos que enquadram situações de maus-tratos infanto-juvenis.

enquadramento de diferentes práticas em um único termo. A definição, diante das práticas⁵ do estupro, teve que passar por demarcações no enfileiramento dos fatos da realidade, de um determinado tempo e contexto social. Vigarello (1998), nesse sentido, apresenta com clareza esse movimento de ideias na França:

O resultado concreto é mais complexo, evidentemente, limitado pela dificuldade tradicional de legislar sobre a violência sexual, limitado pela dificuldade igualmente tradicional de traduzir na prática penal leis sobre os costumes. Mas o desenrolar de um debate público, o acúmulo dos relatórios parlamentares, as idas e vindas repetidas entre assembléias revelam a vontade tangível de transformar em referência jurídica aquilo que mudou nas mentalidades (p. 215).

É crível observar as implicações na definição dos termos, quando se observa a retórica penal. Quais práticas serão correccionalizadas? Até que ponto os modos de execução do crime têm alcance na expressão da lei? A utilização dos verbos, a categorização das condutas, a necessidade dos recorrentes escalonamentos, a necessidade de sua hierarquização na consolidação da gravidade dos fatos envolvem prementes atestados de vicissitudes na ordem prática dos julgamentos.

Logo, o discurso legal também é contraditório, pois prevê um tipo de linguagem que não está distanciado da realidade. Nesse sentido, ele guarda as mesmas virtudes e defeitos de qualquer sistema de linguagem (BASTOS, 2006), os quais expressam as vicissitudes da dinâmica comunicacional. No campo do direito e, em particular, na hermenêutica jurídico-penal esse substrato exegese dos termos legais tem fundamental importância, pois ele se dirige à parte mais sensível da ciência do direito que é a fundamentação do modo capital à aplicação da norma jurídica. Nesse sentido, Bastos (2006) apresenta duas perspectivas que orientam essa aplicação da linguagem. Uma perspectiva de tendência teórica, voltada para a revisão de questões tradicionais de interpretação e analogias; e outra fundamentada numa tendência crítica, que examina a relatividade da dogmática e do direito em sua concretude histórica. No Brasil, embora não se possa negar a relatividade doutrinária no seu processo de constituição histórica, de igual tom, não se pode negar as questões tradicionais subjacentes aos discursos jurídicos. Nesse particular, vamos nos debruçar, neste trabalho, sobre a compreensão das dinâmicas interpretativas expressas nas sentenças jurídicas de estupro.

Assim sendo, interpretar, nessa hermenêutica, não se reduz a precisar, dar sentido a alguma coisa, determinar o significado, entender, julgar um termo (HOUAISS,

⁵ A opção desse trabalho se refere a procurar entender as práticas, por entender a não substancialidade do estupro, logo não se coaduna com a idéia de uma historicidade.

2000); mas, sobretudo, significa revelar um conteúdo valorativo, a partir de uma perspectiva histórica, do alcance da lei sobre determinadas concepções atribuídas à conduta criminosa.

As marcas das microlitigiosidades nessas interpretações expressam inquietações pelo domínio e autoridade do sistema criminal⁶ na construção legitimada de suas “verdades”. Reconhecendo que a disposição desses sistemas nessa construção se dá de forma diferenciada, e ela se assenta numa perspectiva moral, inundada de referências próprias de um meio social. É crível apontar como essas interpretações tem alcances próprios nessas vicissitudes; por mais que orientações doutrinárias neguem a existência dessas, com revelações do tipo de Beccaria (1999), que nega qualquer tipo de interpretação das leis penais, quando diz que as leis devem ser cumpridas segundo seu texto, para que os indivíduos possam “*calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime*” (BECCARIA, 1999, p. 38). No campo prático, essa aceção não livra os tribunais de promoverem desigualdades, expressas nas disparidades das penas, a partir das dotações interpretativas construídas e sistematizadas.

É pertinente esclarecer que o direito se assenta no dispositivo moral. Afinal, enquanto uma categoria jurídica, admite-se que o sistema jurídico, assim como o sistema político, é um sistema regido por regras sociais, nos quais se verifica uma regulação assentada na moralidade, através dos valores e princípios que são veiculados por suas instituições sociais. A concepção de um *status* de sujeito de direito coloca os indivíduos sob uma proteção regulada ao entrar em contato com outros cidadãos. A autocontenção também é um dispositivo impresso aos indivíduos para respeitar o direito dos outros, de forma recíproca. De fato, a questão da reciprocidade tem interpretações de ordem sociológica e filosófica que explicam esse mecanismo comportamental dos indivíduos. A idéia, defendida por Kant, de uma razão para essa reciprocidade marca uma percepção de que o respeito pelos outros, reconhecendo a vítima, por exemplo, no campo jurídico, se construiu baseado na atribuição de valor ao outro. Sua moral é realizada a partir do imperativo categórico, ou seja, é um *a priori* nas sociedades. Seria uma moral baseada na reciprocidade da dignidade humana.

⁶ Sistema criminal aqui refere-se ao lócus nos tribunais jurídicos onde se regulam os crimes, envolve não só os operadores, quanto a instituição no qual estão inscritos.

Contudo, a discussão da moral aqui proposta envolve sua concepção como dispositivo de desigualdade nos tribunais. A grande questão que se impõe a contradizer a formalização do Direito é a exposição de uma sociedade altamente hierarquizada e extremamente desigual. Essa condição histórica inibe as relações de reciprocidade ou de coesão social na acepção durkheimiana, subvertendo o Estado de Direito.

Por isso, além dessa inferência ao Estado de Direito, nos parece pertinente evocar uma discussão no campo da moral. Isso porque seria ingênuo atribuir somente aos sistemas jurídicos, na sua constituição legal-formal, a capacidade de produzir a sua própria eficácia. Para esse efeito, considera-se também a perspectiva da mudança social através das ações individuais e coletivas no emprego de estratégias legais. Estas seriam como um viés de suporte de outras formas de condução dos fatores da transparência, da generalidade, da imparcialidade e da integridade na implementação do Estado de Direito.

Entretanto, a percepção de uma moralidade implícita nos sistemas jurídicos evoca a reciprocidade e a cooperação dispostas nas leis, que, por sua vez, tornam os comportamentos passíveis de uma coesão social. Mas mesmo nos regimes democráticos contemporâneos a questão da desigualdade está inscrita nessa disposição da cooperação social. Isso ocorre porque, mesmo num regime democrático, onde o sistema político tem inspiração de um Estado de Direito nos moldes defendidos por Hayek, de viés liberal, o governo não necessita da cooperação de todos os grupos sociais de forma uniforme e equitativa. Logo, a consequência é não se apreciar também um tratamento igualitário entre os grupos, perante a lei. Embora os direitos fundamentais estejam reconhecidos no ordenamento jurídico, são considerados instrumentos simbólicos, formais para se apropriar da necessária coesão social, da cooperação, mas os tribunais, enquanto instância de poder, não se sentem compelidos a respeitar as obrigações correlatas desses direitos.

A questão da moralidade também se insere, de acordo com Vieira (2007), dentre as razões para explicar o porquê das pessoas respeitarem a lei. Isso implica no reconhecimento e na reciprocidade, na valorização dos outros e dos seus direitos, na medida em que existe uma construção social dos Direitos igualmente distribuída, voltada para fundamentar o exercício do poder nos direitos básicos.

Em se tratando dessa reciprocidade, que poderíamos traduzir pela forma como o Estado de Direito vai reconhecer os direitos básicos de todos perante a lei e,

consequentemente, a recepção dessa lógica pela sociedade, no que tange aos grupos socialmente atingidos (como recursos sociais, econômicos e políticos desproporcionalmente constituídos nas sociedades), vão surgir também formas diferenciadas de aplicação da lei, conforme as diferentes camadas de privilégios numa sociedade desigual e hierárquica.

A questão não parece ser de ordem formal apenas, como se costuma enunciar no campo do direito, pois essa garantia nas sociedades democráticas contemporâneas já pode ser percebida nos textos legais, nas derradeiras confluências de legislações que garantem os direitos fundamentais e específicos de todos. Contudo, não é o que se percebe nos comportamentos, tanto dos indivíduos, quanto dos agentes públicos. Assim, rever a questão da moralidade inscrita nos tribunais e nas demais relações de poder da sociedade é recurso precioso para a compreensão dessa conjuntura temática.

O objetivo desse trabalho é, portanto, compreender a moralização inscrita nas práticas jurídicas, que implicam também nas desigualdades nos tribunais a partir da prescrição jurídica dos crimes de estupro. A moralização nesse crime tem configurações próprias, reveladas pela análise dessa prática ao longo de seu processo histórico, e a hermenêutica do termo pode oferecer elementos significativos para sua compreensão.

Considerando esses aspectos, a primeira parte do trabalho procura estabelecer, inicialmente, uma revisão teórica que oriente a hermenêutica do estupro, a construção das verdades jurídicas voltada para compreensão dessa conduta criminosa, revelando as desigualdades circunscritas nesse delito. Posteriormente, buscar-se-á, a compreensão legal atribuída à conduta.

1.2 Hermenêutica do estupro

Neste estudo, o crime de estupro ganha destaque, porque mostra-se certa inquietação com a complexa lassidão dos tribunais, que atravessa os tempos para esse tipo de crime. A história do estupro no mundo ocidental (VIGARELLO,1998) confirma nossas representações sobre ele: um crime de alta repugnância social, pesadamente punido pelos textos, mas pouco perseguido pelos tribunais ao longo dos processos

históricos. A curiosidade investigativa sobre ele remete a diferentes estudos, sem, contudo, deixar de expressar as sensibilidades e as ideologias que esse crime promove. Ardaillon e Debert (1987) também revelaram que existe uma lógica dos tribunais para os crimes sexuais.

Em razão da complexidade que lhe é intrínseca, que envolve, sobretudo, questões tão significativas do ponto de vista sociológico, como poder, gênero, direito, moralidade, raça, classe e tantos outros desdobramentos desse caldeirão categórico de perspectivas analíticas, sua investigação não está acabada e, por isso, a necessidade de estudos mais específicos.

Alguns trabalhos (VIGARELLO, 1998; DESAIVE, 1987) apresentam, através de processos criminais dessa titulação, como o conteúdo jurídico da violência sexual foi sendo alterado historicamente e, dessa forma, os seus limites dentro da história da violência. O estupro envolve nuances subjacentes à violência física, caracterizando-se pela sordidez e pelo aviltamento de suas vítimas.

As mudanças culturais são reveladas pela pesquisa de julgamentos e processos de estupro desde o Antigo Regime, na França (VAGARELLO, 1998), onde marcaram e configuraram características e valores próprios de um tempo, como elemento de constituição histórica da condição do feminino e do masculino nas sociedades ocidentais. É válido lembrar, então, que essa condição de gênero revela os elementos discriminatórios nos tribunais. O enfoque dado a essa atribuição de gênero precisa ser relativizado. Welzer-Lang (2001) defende um enfoque mais amplo, não restringindo a cosmogonia do gênero baseada apenas entre homens e mulheres. Nesse sentido, não se localiza o feminino apenas em mulheres, mas considera-se a perspectiva homófona, como a caracterização da discriminação contra pessoas que apresentam qualidades ou defeitos atribuídos a outro gênero. Assim, essa referência francesa na discussão da hermenêutica do estupro, revela-se uma referência importante, pois nossa tradição jurídica aduz-se nesse modelo jurídico.

É crível observar essas mudanças a partir dos processos de crimes de estupro, nos quais se revela a alteração das gravidades e a percepção do crime, bem como o universo coletivo de mudança e sensibilidades, envolvendo também as instituições de controle e a doutrina jurídica.

A definição de estupro é complexa, pois envolve não só uma questão da hermenêutica jurídico-penal, mas também as representações da violência oculta que estão implicadas nas suas práticas. Essa violência oculta não restringe a ofensa apenas ao corpo, em que notoriamente essa conduta se principia; logo, é preciso um esforço por parte do magistrado para apreender essas práticas na configuração do comportamento delituoso. O crime revela ainda uma particularidade: nesse contexto de violência oculta, é possível colocar a vítima e o suspeito num mesmo patamar de rejeição, pois o universo moralizador que o diferencia de outras violências, de outros crimes, é mascarado.

Vigarello (1998) afirma que o estupro foi, inicialmente, considerado uma transgressão moral no direito clássico, que se integrava primeiramente ao universo do impudor, ou seja, a ofensa primeira estava inscrita na esfera da impudicidade, anterior à própria violência, à agressão física. Em suas palavras: “*é gozo ilícito antes de ser ferimento ilícito*” (p.36). Portanto, sua criminalização foi mediada por considerações morais, muito mais que pelos gestos violentos e por isso suas implicações doutrinárias na resolução dos conflitos na tradição jurídica. Mesmo que a contemporaneidade revele novas tendências na disposição dos tribunais na resolução desses conflitos, as heranças severas dessas apreciações imprimem até hoje destaque nas referências jurídicas. No Brasil, a origem do sistema normativo penal, ainda na Colônia, orientado pelo direito português, foi regulado não necessariamente por um compêndio regulatório penal, mas por um corpo de leis dispersas – leis civis, caracterizadas pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Essas leis já tinham esse destaque moral, inspiradas, sobretudo, no Direito Canônico, em que a ofensa estava circunscrita a mulheres honestas⁷. Embora, o termo **estupro** ainda não fosse utilizado, dizia-se “dormisse forçosamente” (PIERANGELI, 1980), sua aceção coadunava com as idiosincrasias morais relativas à sexualidade, sobretudo num contexto veementemente austero, religioso. Como o nosso ordenamento jurídico é uma herança de Portugal, observa-se que lá também manifestava-se essa afeição doutrinária.

Segundo Vigarello (1998), os juízes clássicos, no Antigo Regime, na França, só aceitavam a queixa de uma mulher, mediante a constituição de sinais físicos e uma configuração de manifestos explícitos de luta corporal, evidenciando a materialidade do

⁷ Essa é uma categoria significativa nos crimes sexuais e, sobretudo, no estupro, pois ela ultrapassou os tempos com seu assento no tipo penal e, posteriormente, deixou resquícios nas mentalidades dos operadores do direito, mesmo após a exclusão do termo na tipificação penal. Ver mais no Capítulo 2 – Vítimas.

fato. Esse relato revela uma dinâmica social marcadamente indulgente ao universo feminino, que se explicaria pela tolerância à agressão desse grupo social, pelo desprezo ao corpo e pela questão da suspeita (a certeza do consentimento).

O universo da violência não se restringia às brutalidades sexuais, mas havia pouco interesse em averiguar os ultrajes às mulheres, de qualquer sorte, que correspondiam às normas de agressividade e, segundo Elias (1987), ao cotidiano dessa sociedade tradicional. Essa visão atravessa os tempos, com os iluministas coadunando com essa asseveração. Voltaire e Diderot negavam a tese da equivalência de *status* entre mulher e sujeito, sob argumentos de que os atributos físicos descreveriam obstáculos dos corpos; logo, os tribunais não deveriam reconhecer casos de violência dessa natureza. Já Rousseau se baseava no artifício constitutivo da mulher, no “direito de ser fraca”, na necessidade de se iludir. A ocultação da condição de sujeito, uma não-posse de si mesma, foi emblemática na história das mulheres, sempre marcada por uma suposta ausência de comportamentos responsáveis – a máscara de várias formas de sujeição e violência (VIGARELLO, 1998).

O desprezo do corpo seria uma forma de mutilar essa violência que aflorava, ligada a uma força avassaladora, segundo Krafft-Ebing, e que exigia satisfação. Como as definições, convenções, valores e crenças denotam modulações no interior de relações de poder, expressam aqui como a sexualidade feminina foi historicamente definida em relação à masculina, na tentativa de excluí-la dessa devassidão.

Outra questão importante nessa configuração da escolha dos sinais explícitos é a suspeição, o aviltamento das vítimas. No Antigo Regime, na França, o estupro podia ser interpretado, sobretudo, como um crime cometido contra mulheres difamadas, não donzelas (VIGARELLO, 1998, p. 23). A jurisprudência do Antigo Regime orientava os juristas a acreditar na capacidade do vigor feminino para defesa. Nas palavras de Voltaire *apud* Vigarello (1998):

Quanto às moças ou mulheres que se queixassem de ter sido estupradas, penso que bastaria contar-lhes como uma rainha evitou outrora a acusação de uma queixosa. Ela tomou uma bainha de espada e, movimentando-a continuamente, mostrou à dama que seria impossível pôr a espada na bainha. Ocorre com o estupro o mesmo que com a impotência; há certos casos que os tribunais nunca devem conhecer. A física dos corpos bastaria para convencer os juízes. O argumento do consentimento é naturalizado, a anatomia intuitiva transformada em critério de verdade. (VIGARELLO, 1998, p. 48)

No Brasil, as primeiras regulações penais, as Ordenações Afonsinas, explicitavam as mulheres ilibadas como as vítimas de estupro, usando expressões como “mulher que não fosse difamada” ou “homem que dormisse com mulher casada, religiosa, moça virgem ou viúva”. Contudo, nas Ordenações Manuelinas, dimensionou-se a ofensa para qualquer mulher; embora a pena fosse diminuída quando o estupro ocorria contra escrava ou prostituta.

Outra questão importante que explica esse assento moral do estupro está no próprio processo de regulação legal no Brasil. A jurisdição penal para esse crime foi constituída com a prerrogativa da igreja católica, através da Justiça Eclesiástica, no período colonial, para regular crimes dessa natureza e outros relativos à fé católica e aos costumes. A igreja católica no Brasil Colônia tinha um dimensionamento político quase de Estado, com o entrelace entre poder civil e poder eclesiástico (MENEZES, 2007), a partir da institucionalização do Santo Ofício da Inquisição. Segundo Novinsky (1984), foi a existência de um corpo fiel de agentes caracterizados por comissionários e familiares do Santo Ofício que contribuiu para a regulação da ortodoxia do Império Português no Brasil Colônia. Segundo a referida autora:

Sobre os Comissários podemos dizer que, segundo o Manual dos Inquisidores, de Nicolau Eymerich, deviam receber informações, delações e acusações sobre tudo que se relacionava com a fé católica e os costumes. Ouviam as confissões, examinavam-nas e convocavam novas testemunhas, conforme o caso pedisse (NOVINSKY, 1984, p. 24)

Goldschmidt (1998), num estudo sobre o pecado na sociedade colonial paulista 1719-1822, apresentou três situações em que o Tribunal Episcopal observava queixas de rapto por sedução⁸: quando o delito tivesse a participação de um clérigo, o que já caracterizava uma privatização na incriminação, por um tribunal próprio; quando discorresse de engano ou indução por parte feminina, também em observância ao aviltamento da vítima; e por fim, quando fosse a ocorrência do sexo antecedente ao casamento (p.67).

O interessante nesse particular são os ajustes morais que vão sendo construídos para consolidar uma prática social. A igreja condenava a conjunção carnal antes do casamento, contudo, a tornava aceitável quando esta se apresentava como transgressão sexual, compensando com o casamento ou com acordos. A mulher, ao queixar-se de um

⁸ Embora a autora faça a distinção entre rapto por sedução e rapto por estupro, caracterizados respectivamente pelo consentimento e pelo não consentimento da vítima, ela coloca que nem sempre foi fácil determinar o tipo de rapto. Para efeito de nossa concepção, esse contexto histórico busca apenas ilustrar a observância da igreja católica na regulação dos crimes sexuais.

estupro, exigia a compensação por meio do casamento, porque, inexoravelmente a honra feminina estava ligada à virgindade. Contudo, isso implicava no livre consentimento dos cônjuges, já que, segundo a autora (GOLDSCHMIDT, 1998), a viabilidade do matrimônio nascido do conflito feria o direito canônico. A negação da promessa tornava a união não obrigatória.

Eis um problema, inclusive para o Estado Português, pois reconhecia que a liberdade da igreja poderia incitar tais condutas. Por sua vez, a Igreja, na sua representação, não permitia que as promessas do matrimônio sobrepujassem o verdadeiro matrimônio (op. cit.). A solução estava no ajuste moral, numa nova forma de relativizar as práticas. Segundo a autora, foi preciso estabelecer uma distinção entre relações sexuais de casal comprometido e outras relações. A mulher, ao entregar-se ao homem que iria desposá-la, não perderia tanto sua honra. Logo, o Tribunal Episcopal solucionou esse conflito, de forma pragmática, com alguns procedimentos para os dois atores (vítima e agressor): casamento entre vítima e agressor ou casamento da vítima com um terceiro; pagamento de indenização à família da vítima; e reclusão da vítima em estabelecimento religioso. A idéia de uma restituição penal através do casamento é uma das bases da extinção de punibilidade, no atual Código de Processo Penal, como veremos mais adiante. Essa forma indulgente do Tribunal Episcopal eximia a culpa do agressor e, ainda, colocava a possibilidade de livrar-se de um casamento indesejável, a partir de uma restituição aceitável com a indenização, além de restituir a moralidade da vítima, recuperando sua honra (op. cit.). Ou seja, a moralidade estava sempre passível de ser recuperada, com uma sociedade pronta para perdoar e esquecer os fatos, mediante suas exigências morais.

O Código Criminal que sucedeu essa disposição legal portuguesa foi o Código de 1830, que mantém essa vertente moral, inclusive, na sua titulação, dos crimes do Capítulo II – Dos Crimes contra a Segurança da Honra. O bem protegido em relação ao indivíduo é secundário; a honra é o bem primário a ser protegido. Essa concepção balizou a tradição jurídica durante todo o Império, passando pela República, com o Código de 1890 até o nosso Código Penal vigente, de 1940.

A palavra estupro, inicialmente declarada no Código Criminal de 1830, já revelava as intermitências no debate jurídico sobre sua acepção. Os juristas tradicionais (MIRABETE, 2000; JESUS, 1999; DELMANTO, 2002) revelaram a premente defesa

de uma interpretação restritiva para os crimes sexuais. Conforme um de seus interlocutores ressalta:

Somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de estupro, porque só ele pode manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal (JESUS, 1999, p. 95). A mulher, por sua vez, não pode ser sujeito ativo do crime de estupro. Em hipótese de concurso de agentes, porém, pode ser partícipe (JESUS, 1999, p. 96).

A tipificação do estupro não permite a universalização do sentido do termo *constranger* atribuída ao delito, uma vez que o verbo não delimita o gênero, quem o faz é o legislador acrescentando a palavra *mulher*. Assim, estupro só pode ser um crime no qual a mulher é o sujeito passivo e o homem o sujeito ativo na conduta delituosa. Essa tradição revelava uma lógica patriarcalista que se ajusta ao crime moral e não social, ao reconhecê-lo como um bem a ser guardado como primazia dos costumes. A mulher guarda o bem moral, com sua virgindade, sua honra para o casamento e para a constituição da família. Um legado triunfal na constituição de uma sociedade tradicional. A violência sexual dirigida ao universo feminino mantém os fatos numa esfera privada, doméstica. O estupro em caso de guerra⁹, enquanto posse de território era admissível, pois, nesse caso, não se preserva o bem jurídico.

Por mais que as referências jurídicas alimentem novas revisões e sensibilidades sobre o estupro, o que se percebe, ao longo dos tempos, é que a perseguição da lei é o gesto moral, a lascívia, mais do que o gesto violento. A focalização do olhar está na luxúria, onde a vítima fica atrelada à imagem do ato. A sodomia então, segundo Vigarello (1998), seria o extremo da focalização da luxúria e um atentado às leis humanas e divinas, mas, simultaneamente, extremamente condenado. Nesse particular, os legisladores “preservaram” a figura masculina, não criminalizando-o no mesmo estatuto legal.

Uma questão discutível, mas compreensível nessa perspectiva moralista dos termos, foi o retardamento do reconhecimento da violência sodomítica como um estupro. Sua existência penal só aparecerá em 1810, na França; e no Brasil somente será reconhecida em 2009, com a incorporação da revisão do Código Penal. Sua apreciação regulatória penal nasce na condição de atentado ao pudor, hierarquizando a violência, para escalonar os fatos e qualificar uma conduta menos grave que o estupro (VIGARELLO, 1998). Essa forma de violência incorpora gestos e atos até então

⁹ Somente em 1995, com a declaração da IV Conferência Mundial da ONU sobre a Mulher, em Pequim, o estupro caracterizado por conflitos armados tornou-se público, sendo decretado como crime de guerra.

ignorados, introduzindo uma novidade com a consideração de ofensa ao pudor masculino. Foi uma lacuna bastante presente na tradição jurídica, de resistência moral acentuada.

Não obstante, o *Grande Dicionário Larousse* (1870) fixa o conceito na violência moral, não o condicionando a uma violência física ou força corporal. Dois séculos depois, a definição se altera, mas ainda carrega, na sua origem, as marcas dessa perspectiva valorativa. Dentre as diferentes acepções do verbete no *Dicionário Houaiss*, há uma referência ao estupro como desrespeito do que é santo, sagrado. Mesmo com os fenômenos da descristianização e da democratização, no Séc. XVII, e com uma nova forma de expressão jurídica, que se liberta do modelo religioso e moral, ainda hoje, revelam-se referências dessa imagem. Há inexoravelmente um esforço que aduz mudanças, mas há também uma linha que conduz as práticas jurídicas e as representações do estupro na sociedade, que ultrapassa os tempos, nessa forma de moralizar. Durkheim assentaria a tese da ofensa à consciência coletiva maior que a ofensa à consciência individual. As referências valorativas da sociedade mudam, transformam-se, ajustam-se e rebelam-se, mas seu conteúdo é potente, é imperioso e resistente na sociedade e, particularmente, na esfera tradicional dos tribunais. É uma moral intermitente.

Vargas (2000) revela também as nuances das versões morais dos operadores do direito, quando estabelecem a configuração literal dos registros, nas tipificações criminais, na atividade de classificação penal, através das “traduções” das queixas. Segundo a autora, em tais descrições do estupro, mesmo que elaboradas num contexto definido, no dispositivo legal e na prática policial, onde se observa a sobreposição do discurso legal, sobre todos os outros contextos, não se pode negligenciar a concorrência permanente com outros significados conferidos, o que alimenta as bases da definição do estupro, nesse particular. Isso porque elas fazem contato com a linguagem para emergir o fato jurídico (op.cit.). Isso sem dúvida implica na revelação de percepções e representações sutis nos registros que destacam referências paradoxais, que mesmo com aprofundamento da reflexão jurídica, no que tange às reformulações jurisprudenciais a esse respeito, ainda deixam os tribunais impotentes em relação às práticas penais. A força dos costumes agride a letra do direito. Essa percepção também foi observada, durante o trabalho de pesquisa da referida autora, a partir dos registros da denúncia, em

que se introduz a iniciativa jurídica, na prática dos tribunais, desempenhada pelo Ministério Público.

Essas colocações buscam revelar as dificuldades práticas na definição do estupro, consonante a sua correspondência com a letra da lei e os costumes, o que não é próprio apenas do senso-comum, de onde emergem as vítimas, mas também dos tribunais. Os abismos que os circundam configuram a marca do tempo em que eles se circunscrevem, já que são dependentes dos hábitos desse tempo.

É interessante observar que essa perspectiva moral que, neste trabalho, estamos classificando como intermitente aduz a uma dimensão geracional, que ultrapassa os tempos; uma espécie de fio condutor, que mesmo com as reformulações e as novas sensibilidades mantém-se, com certa potência, nas interpretações jurídicas. Tal perspectiva se esconde nos elementos práticos, objetivos do alcance da lei. Essa conformidade é possível de ser revelada por várias perspectivas ao longo dos tempos: hierarquização da violência, escalonamento do crime e sensibilidades e referências jurídicas que são alteradas, reformuladas.

Na justiça clássica (VIGARELLO, 1998), a incriminação das condutas esbarra na dificuldade de elucidar e de julgar o estupro, embora se observe a dimensão moral dele, já que este só é legitimado pelos indícios físicos, visíveis ou ouvidos (lesões, gritos e testemunhas), porque o crime caracteriza-se por provas “precárias”. Contudo, o ordenamento deixa o vestígio moral ser destacado quando abre o precedente para concessão de fiança ao juramento, às palavras da vítima, a partir de sua reputação, em sua qualidade social, sua *honestidade de vida e de costumes* (COMBE *apud* VIGARELLO 1998). Na verdade, a fonte da ofensa está no sujeito passivo que inspira “desconfiança”, por isso o aviltamento de suas vítimas. Aqui nasce uma das principais questões envolvidas nos julgamentos: a desigualdade jurídica do crime sexual a partir das disparidades das penas.

Outra questão importante é o *status* jurídico e social da condição feminina, que marcava sua condição de submissão ao masculino: seja ao pai ou marido para pronunciar iniciativa jurídica. Essa ação estava condicionada à autoridade desses “representantes” da mulher, ou seja, a ofensa à honra deles é que estava sendo protegida. No Brasil, embora a restrição não aparecesse de forma explícita, segundo

Menezes (2007), não se percebia a tutela feminina no espaço público colonial, o que restringia a queixa sob constrangimento alheio.

A violência moral que posteriormente será observada nos tribunais, oriunda de consideráveis reformulações, elencando diferentes atos e gestos na sua criminalização, será, sobretudo, introduzida pelo estupro de crianças. Esses atores têm um destaque todo especial nessas reformulações. Não necessariamente pelo valor atribuído à criança nesses contextos, mas, sobretudo, pela retirada da moral “impura” denotada para o estupro de mulheres.

O estupro aparece com o conjunto de um universo de violência, restringindo-a à dimensão física, num mundo onde o contexto de violência era banalizado. Os registros de violência sexual contra crianças, por exemplo, remontam à Idade Média, quando uma alta mortalidade infantil, verificada em todo o período, em Portugal e na Europa Moderna, demonstrava o sentimento de desvalorização da vida infantil (DEL PRIORE, 2000). As crianças, nesse período, principalmente das classes populares, eram consideradas um pouco mais que animais. Nos relatos das histórias marítimas de crianças portuguesas do século XVI, atos de sodomia, abusos sexuais de marujos rudes e violentos contra os *grumetes*, *pajens* e *órfãs Del rei* eram muito comuns (DEL PRIORE, 2000).

É relevante observar no texto de Ramos (2000) as divisões de classes nas embarcações portuguesas do séc. XVI, onde crianças apareciam como a principal causa de alistamento voluntário na marinha, pelos próprios pais, por conta da pobreza nas cidades portuguesas e do incentivo que a Coroa oferecia na seleção de mão-de-obra entre as famílias pobres das áreas urbanas.

Entendia-se por *grumetes*, crianças entre oito e quatorze anos, que trabalhavam a céu aberto, em condições subumanas, à mercê de todo tipo de violência, principalmente violência sexual, para servirem à tripulação mais inferior. Os *pajens*, mais afortunados que os *grumetes*, mais ou menos na mesma faixa etária dos primeiros, eram *pajens* da nobreza, tinham um cotidiano um pouco menos árduo, recebiam um soldo superior, tinham perspectiva na vida marítima, mas isso não os livrava dos estupros e sevícias, mudando apenas os algozes pela hierarquia. Assim, os *pajens*, em vez de marujos violentos, serviam a oficiais, e, pela relação de poder, se submetiam voluntariamente, a fim de receberem privilégios (MARTINS, 2007).

Órfãs Del Rei eram as jovens portuguesas virgens, órfãs, mesmo com apenas pai falecido, que eram enviadas às possessões portuguesas, na falta de mulheres brancas. A banalização das violências sexuais nas embarcações fazia com que as órfãs fossem escondidas e colocadas em condições deprimentes, para se guardarem e não serem depreciadas no mercado matrimonial e não perdessem o bem jurídico a ser protegido, sua honra. Quando ocorriam as violações de marinheiros que ficavam dias à espera de uma oportunidade, as jovens ocultavam o fato por vergonha e pela situação que as comprometia (op. cit.).

Ainda no século XVIII, através dos relatos de viajantes estrangeiros que passaram por Portugal nesse período, registros

[...] dão conta de que a pedofilia homoerótica era muito comum, permitindo supor que nas embarcações, ambiente onde até mesmo os religiosos costumavam tolerar atos considerados dignos de condenação à fogueira, tal prática era extremamente corriqueira (DEL PRIORE, 2000, p.27).

Mott (1991) apresenta inclusive uma versão no Séc. XVII, em que mostra como a pedofilia¹⁰ em si nunca chegou a ser considerada um crime específico por parte da Inquisição, na medida em que essas práticas não eram condenadas pela teologia moral. Segundo esse mesmo autor, isso justifica, nessa tradição luso-brasileira, o fato de as relações sexuais entre adultos e adolescentes serem frequentes nesse contexto. As crianças eram submetidas a todo tipo de sorte durante a viagem nessas embarcações, fome, sede, fadiga, abusos sexuais, humilhações... Constata-se, assim, que o fenômeno se constituiu num universo histórico, que ultrapassou gerações.

Esses relatos mostram como o estupro é uma prática antiga, mas também carrega uma tipificação controversa do ponto axiológico do termo, revelando processos falhos e confusos e, conseqüentemente, lassos e indulgentes, a partir de sua regulação criminal.

Contudo, as sensibilidades admitiram novas concepções, desenvolvendo novos olhares sobre essa conduta criminoso, o que caracterizou um aumento da concepção da violência, incorporando novas “verdades”. O fascínio de outrora experimentado pelo ensejo físico, focando a conduta em práticas que caracterizassem lesões explícitas no corpo, dá lugar à violência moral. É a mudança cultural que chega aos tribunais,

¹⁰ Segundo Vigarello (1998) o termo pedorese, primeiramente, irá aparecer em 1906, na França, com André Forel (La question sexuelle exposée aux adultes cultivés, 1906) definindo “apetite sexual que tem objeto crianças”. Posteriormente, em 1925, o termo é reelaborado pelos psiquiatras Dide e Guiraud, de forma mais duradoura.

marcada pelo sistema de regras que revela o teor da moralidade configurada na cultura jurídica, que foi possível observar na consolidação e proteção do bem jurídico, através da racionalidade dos instrumentos legais.

Esse processo de novas reformulações legais foi caracterizado por três fatores, segundo Vigarello (1998): a hierarquização da violência, o escalonamento do crime e as reformulações das sensibilidades.

1.3 Hierarquização da violência

A hierarquização da violência seria uma forma de distinguir e classificar, segundo uma escala de valor, as formas de violência. Ela está associada à evolução dos crimes e da violência de modo geral e destaca a magnitude da impunidade penal para determinados crimes. A particularidade na hierarquização do crime implica em observar os mecanismos e processos institucionais que produzem essa ordem classificatória diante dos tribunais. É preciso considerar, nesse processo de classificação, que as possibilidades metodológicas de apreciação para observar essa divisão são muitas, por exemplo: os crimes praticados e os crimes registrados; os crimes perseguidos pelos aparelhos repressivos e os crimes punidos pelos tribunais; os crimes negligenciados; o baixo número de queixa-denúncia, etc. Essa investigação impõe observar a lógica burocrática que dinamiza as instituições de controle na resolução dos conflitos. A epígrafe abaixo evidencia a complexidade da hierarquização do crime com as relações sociais, de organização burocrática do judiciário e de poder.

...no todo delito cometido es perseguido; no todo delito perseguido es registrado; no todo delito registrado es averiguado por la policía; no todo delito averiguado es denunciado no siempre termina em juicio oral; el juicio oral no siempre termina em condena. (HASSEMER, W & MUNÓZ CONDE F. 1989, p. 47).

Esse debate opera sobre apreciações classificatórias significativas, como as apresentadas pelas cifras negras, segundo Cervini (1995), estabelecendo um fator diferencial entre os crimes praticados e os crimes registrados. No que tange ao nosso debate, essa discussão ganha volume nas vozes uníssonas da literatura sobre os crimes sexuais quanto ao alto índice de subnotificação para esses crimes. Portanto, há uma distância considerável entre os crimes praticados e os crimes registrados. Vigarello

(1998) reiteradamente deixa isso expresso, apresentando o baixo número de queixas das vítimas de estupro, ao longo de sua história.

Adorno e Pasinato (2010), num estudo sobre impunidade penal, explicam a seletividade dos crimes e mostram como os crimes de patrimônio e pessoas ganham destaque diante de outros crimes. Segundo os autores:

Em quaisquer combinações possíveis, a seletividade é fato, os mecanismos operam e produzem resultados: poucos são os crimes investigados, poucos são os indiciados convertidos em réus de processos penais (ADORNO; PASINATO, 2010, p. 59).

Nesse estudo, a classificação entre crimes violentos (homicídios, latrocínio, roubos, *estupros*¹¹ e tráfico de drogas) e crimes não violentos (furto, furto qualificado e uso de entorpecentes) marca essa hierarquização na superioridade dos crimes não violentos, em detrimento dos crimes violentos a partir do total de registros nos Boletins de Ocorrência. Os autores, além de revelar a perseguição maior dos aparelhos repressivos para os crimes não violentos, também revelam a falta de disposição das agências de controle em investigar crimes, que pode tanto ser explicada pelas condições de trabalho (insuficiência de recursos, precariedade das condições laborais) ou pelas razões das representações sociais implicadas nos valores correspondentes à cultura organizacional dos tribunais (op. cit. p. 73). Ainda esclarece Adorno (2010):

Trata-se do modo como entendem e justificam o baixo desempenho, para o qual concorrem visões acerca do crime, da criminalidade e dos criminosos, como já o demonstraram não poucos estudos (PAIXÃO, 1988 *apud* ADORNO, 2010).

Vargas (2000) também apresenta de forma mais sistematizada essa situação, apresentando dados relativos ao estupro, na cidade de Campinas, no período de 1988-1992, no seu estudo sobre o fluxo do sistema de justiça criminal. Segundo a autora, a configuração do crime se inicia com uma grande base, assumindo, depois, uma forma de funil.

Esse processo pode ser explicado também pelos tipos de crimes mais punidos, mais perseguidos, que atraem mais atenção dos aparelhos repressivos. Como bem evidencia Foucault (1987), o sistema de contenção e repressão não se organiza para perseguir todos os crimes e ilegalismos. As fragilidades internas do sistema judiciário, no que diz respeito à concepção de impunidade, são recorrentes no debate jurídico-penal, que envolve não somente uma questão moral dos operadores, mas uma tradição

¹¹ Grifo meu.

da organização política dos tribunais, a judiacialização da política, a reforma processual e a infra-estrutura dos aparelhos repressivos.

O debate é extenso e denso, mas o foco de análise aqui nos obriga a considerar apenas o debate relativo à hierarquização das violências sexuais, observando a predisposição de uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente lassa para determinados crimes. Percebe-se que a cultura jurídica, num terreno político próprio, se conduz imersa em vontades política e morais, que não integram legitimamente todos os crimes num mesmo patamar valorativo. A capacidade técnica dos vetores decisivos, nas determinantes dessas hierarquizações, não coaduna com a neutralização política dos tribunais.

Para nós, o destaque se coloca, e buscamos compreender porque o crime de estupro tem baixo quantitativo de queixas, embora seja um crime tão antigo e tão recorrente, mas pouco punido, oscilando entre indulgência e repressão. Mesmo com ampla divulgação na imprensa, de modo a convergir novas formas de pensar o crime, observa-se que os crimes sexuais não têm destaque dominante no mundo do crime, caracterizando o fenômeno da subnotificação. Algumas particularidades que podem justificar a baixa queixa de estupro podem ser elencadas: aviltamento e suspeita das vítimas, constrangimento das averiguações, indiferenciação regular do agressor, foco da investigação nos indícios físicos, indulgência dos tribunais, percepção da ofensa pela vítima, insensibilidade com a violência, etc.

De qualquer forma, a hierarquização do crime também corresponde a uma categorização das práticas e condutas, de forma a especificar novos crimes: adultério, bigamia, etc. Segundo Vigarello (1998), há um lento trabalho de estabelecer essas categorizações, diferenciando as condutas e escalonando suas práticas, de modo a estabelecer uma hierarquização do crime, que ajude a redefinir os julgamentos, além de suas jurisdições. Essa hierarquização do crime, além de tornar a vítima independente de seus tutores, incorpora as violências sexuais intermediárias. Esse caminho de construção das tipificações criminais, colabora na diminuição do arbítrio dos juízes e, dessa forma, corresponde a uma nova reformulação das referências jurídicas do estupro na aplicação das penas. Entretanto, a distância entre as leis e os costumes, sobretudo nas práticas jurídicas, é evidente.

1.4 Escalonamento dos crimes

O escalonamento do crime admite a sofisticação da observância das sutilezas, das nuances das condutas criminosas, incorporando elementos, novas palavras, novas imagens, e atos, anteriormente negligenciados, passam a ser dimensionados na constituição do crime. Esse escalonamento se aplica à gravidade dos fatos e ao pronunciamento das penas, com os atos melhor designados e categorizados. Novos atores são incorporados para sustentar essas novas configurações do delito, como testemunhas, médicos, cúmplices para estupro coletivo, alienado, etc.. Contudo se percebe uma insistência em focalizar os gestos mais visíveis (VIGARELLO, 1998, p. 112).

Para o crime de estupro, algumas distinções são importantes de serem destacadas diante de suas correspondências na história de suas expressões penais. Uma delas é o modelo de rapto: rapto por sedução ou rapto por violência, conforme estava estabelecido nos primeiros ordenamentos, regulados pela justiça eclesiástica no Brasil. Essa explicação é importante, pois está vinculada à representação do brocado popular *mulher seduzida e mulher atacada*. O rapto por sedução envolve uma categoria fulcral nas referências jurídicas, pois corresponde ao consentimento da vítima. Goldschmidt (1998) informa que a idéia da conivência da mulher, no Brasil Colônia, estava marcada pela concepção católica, da representação da mulher desde Eva, como responsável pela transgressão masculina. O sentido coletivo e imediato das atitudes sexuais domina completamente a vítima, pois, para os tribunais, persiste uma *impossibilidade de distinguir com certeza entre seus atos de consciência e seus atos físicos, o que ela pensa e o que ela faz*. (VIGARELLO, 1998, p. 37).

A ideia do consentimento é extremamente presente na hermenêutica do estupro, inclusive, elencando justificativas sistematizadas, como a capacidade do vigor feminino para defesa, afirmando a disposição da mulher com meios suficientes para sua proteção; além da ausência de sinais físicos da ofensa e a negação da violência moral, implícita nas transgressões ocultas, sempre negligenciadas nos tribunais. Sem dúvida, esses elementos justificatórios, negligenciavam os saberes sobre as reações dos indivíduos frente sua relação com o medo. Os especialistas defendem a tese da paralisação das ações, pelo medo; inclusive, dependendo da intensidade, é possível até configurar reações momentâneas das funções cardíacas e respiratórias (VILHENA;

ZAMORA, 2004). São justificativas ou atenuantes que atravessam os tempos. Para crianças, justificativas como a impossibilidade do estupro, da penetração, pela assimetria dos órgãos sexuais; bem como a suspeita intermitente da libertinagem (op. cit.). Enfim, essas justificativas, além de transferir a culpabilidade para a vítima, em alguns casos, mostram, de certa forma, a conjectura na devassidão implicada nesse crime, através da recorrente suspeita, sendo substratos sustentados na construção da defesa, e aparecendo nos processos como atenuantes para o acusado.

O consentimento é um elemento de suspeita, de persuasão, que atravessa a história do estupro, que percorre os processos jurídicos, que invade as consciências desde o primeiro anúncio do fato, seja pela disposição do senso-comum, seja pela iniciativa jurídica. É uma categoria que está, inexoravelmente, atrelada aos crimes sexuais e, particularmente, ao estupro. Embora ao longo dos tempos ela se caracterize com mais ou menos potência, sendo mais explícita ou mais discreta, ela persiste; ela é o baluarte da moralização intermitente. Atualmente, os processos que acolhem essa interpretação conjectural podem se assentar num princípio jurídico, denominado princípio *in dubio pro réu*, que tem fundamentação constitucional da presunção de inocência, segundo o qual o réu precisa ser absolvido quando não forem logradas as provas, ou como costumam dizer os operadores: *em caso de suspeita, absolve-se*.

O rapto de sedução implicava, inclusive, numa atenuante para o agressor, na medida em que poderia caracterizar dissimulação da vítima, numa aventura artilosa voltada para atingir seus objetivos romanescos. Gravidezes, casamentos, fugas, vinganças etc poderiam ser atribuídas como hipóteses, possibilidades a serem investigadas.

Em razão do estudo dos processos em Ilhéus, não foi possível deixar de apresentar a citação emblemática de uma declaração realizada pelo Ministério Público e deferida pelo juiz, de uma iniciativa jurídica de rapto¹². Apresenta-se aqui para efeito ilustrativo dessa moralização de evento ocorrida em 1995.

[...] uma irmã e sua filha menor haviam fugido, sem que este soubesse o paradeiro das mesmas [...] [...] a vítima informa que já não era mais virgem: que começou a namorar J. que não agüentava ficar mais naquela casa; que foi a casa de J. e o chamou para fugirem, tendo J. aceitado; que está morando com J. [...] laudo confirma que a menor não é mais virgem [...] [...] ainda que entendêssemos como válida a representação verbal, não restou caracterizada o crime de rapto violento, ou qualquer outro crime dos costumes. Vejamos: 1º) a menor não era mais virgem; 2º) o seu comportamento,

¹² Esse crime não fez parte desse estudo, mas está apresentado aqui apenas para efeito de ilustração da dinâmica moralizadora, inclusive cobrindo maus-tratos infantis por parte dos órgãos da justiça, quando declara por “reprimenda” as surras que o pai aplicação na pessoa menor de 14 anos, em razão de seu comportamento “imoral”.

de freqüentar festas, sair com rapazes, dormir fora de casa, causava ira ao seu genitor, que corrigia muitas das vezes com surras, fazendo com esta fugisse de casa, em reprimenda, convidando o ora indiciado; 3º) a presunção de violência a que se refere o art. 224 do Código Penal, é relativa. A presunção pode ceder a alguns detalhes, como por exemplo, a necessidade de que a vítima se mostre inocente, despreparada, ingênua, desinformada sobre o sexo. O que não foi o caso. Por outro lado, além de ter sido tudo planejado pela suposta vítima, a mesma estava há 02 meses de completar 14 anos, e até o seu próprio pai a declarou com 14 anos, fls 02. Diante do exposto, e de tudo que consta nos autos, REQUIRO o ARQUIVAMENTO do inquérito policial [...].

Nesse sentido, há um esforço por parte da ciência em construir um instrumental necessário, quanto às provas para balizar as defesas e as sentenças dos juízes. Não é que a ciência tenha sido criada para instrumentalizar a justiça, mas, segundo Foucault (1987), os discursos médicos legitimaram as práticas jurídicas. Segundo Vigarello, (1998) as referências médicas crescem em paralelo às jurídicas, sobretudo a partir das novas sensibilidades com estupro de crianças. Novos saberes são construídos para interpretar os ferimentos sexuais, situação anatômica do hímen (ainda que de forma equivocada, mas discutível do ponto de vista de sua existência). Outros vestígios ainda são ignorados, mas o processo de incorporação de forma escalonada desses sinais do crime é fragmentado, e historicamente definido. Uma das principais dificuldades era focalizada no rapto de sedução e rapto por violência, em razão da imprecisão do objeto a ser investigado.

O rapto por violência, então, se caracterizava pelo uso da força, da violência, contra a vontade da vítima na realização do estupro. Esse crime era mais punido e perseguido do que o rapto de sedução, revelando atos de coação. A punição do estupro no Tribunal Episcopal buscava ser rigoroso. A querela do estupro, segundo Goldschmidt (1998), impedia o acesso às familiaridades indulgentes concedidas em julgamentos de outros crimes. Sua punição se caracterizava por demasiada severidade. Contudo, o não consentimento se esclarecia com o corpo de delito (imagens de pisaduras, roupas rasgadas, lesões no corpo, etc.). A autora revela que, mesmo esse crime sofrendo severidade por parte do Tribunal, não se verificou um crescimento no número de processos. Na verdade, a autora declara que nesse período (1719-1822), ao qual corresponde seu estudo sobre a sociedade colonial paulista, poucas querelas de estupro foram apresentadas e nenhum exame de corpo delito foi diagnosticado.

É claro que mudanças foram incorporadas nessa percepção e a sedução ganha destaque diante do estupro, quando este (o estupro) se transforma em querela de sedução. Seu sentido tanto pode estar inscrito em atos de persuasão ou em atos de

coação, ao se perceber a possibilidade de acordo financeiro ou a conquista de aspirações romanescas. A situação de mulher seduzida na Colônia tinha promessa de casamento, incitava certa condescendência da igreja. Outra vertente era antagônica a essa representação social, entendendo que a persuasão envolvia um dano muito maior que o dano físico, marcado pela violência, ao qual a vítima poderia resistir; mas o uso de palavras e insinuações, implicando numa traição, revelaria a subjugação das vítimas.

Outra questão importante no escalonamento do crime de estupro é o surgimento de novas palavras como o *atentado*, que é uma nova configuração criminosa que caracteriza a incriminação da tentativa. Ele nasce como tipificação penal no texto de 1810, na França; mas, no Brasil, ele só foi incorporado pelo atual Código Penal de 1940. Contudo essa disposição penal foi revogada pela Lei nº 12015, de 2009.

Segundo Vigarello (1998), o atentado se caracteriza pela relação entre a vontade do agressor e o resultado dos fatos, e passa a ser objeto de decisão jurídica, considerando a gravidade da tentativa, que não se conclui, sobretudo, por uma vontade alheia. Esse autor, na análise do Código Penal francês de 1810, afirma:

[...] prolongando a lógica da tentativa, assimilando a ameaça exercida por ela à ameaça exercida pelo verdadeiro crime. Com isso, a relação entre as intenções e os fatos é aprofundada, a nocividade coletiva do ato mais diretamente visada, o gesto criminoso mais diretamente definido (VIGARELLO, p. 125).

O atentado violento ao pudor surge dentro de uma concepção bastante abrangente, considerando várias condutas, de beijo na boca a ferimentos extremos, e ainda atribui certa indulgência à tentativa de estupro, pois suaviza os termos, as condutas. Para crianças, o termo é escolhido, em detrimento do uso do termo *estupro*. Nas sentenças, nos processos estudados por Vigarello (1998), os juízes ignoram o termo estupro, mesmo quando os médicos atestam o rompimento do hímen (p. 127). Essa situação caracteriza-se pela dimensão moral que implica o uso do termo para crianças, pois envolve sua associação, inexoravelmente, à lascívia, à devassidão. Num sentido de preservá-la, delegando à mulher esse sentimento valorativo, condiciona-se o uso do termo, de forma desapropriada, estabelecendo um espectro ainda mais confuso de sua aceção axiológica.

A violência moral, além da violência física, também pode ser classificada como uma nova percepção da violência que ganha ênfase na retórica jurídica, incorporando coações morais no novo raciocínio penal. A idéia de violência na

condição da redução do sujeito é uma forma de incorporar a permissividade “das violências”, que não pode ser reduzida à materialidade. Contudo, esse novo raciocínio estritamente jurídico se assentou, inicialmente, para estupros de crianças. O registro crítico do *Journal Du Droit Criminel* (1827) relatado por Vigarello (1998) ilustra bem essa visão:

É certo que a maioria dos atentados cometidos contra crianças pequenas não são acompanhados de violência. E com isso, só são mais odiosos... Os senhores os cobrem com uma perfeita impunidade, se, nas manobras infames que seduzem a ignorância das crianças, não reconhecem também uma espécie de violência exercida contra o espírito destas... e contra a pureza de sua infância (p. 136).

O reconhecimento da violência moral para não crianças só ocorreu, explicitamente, em 1850, na França, a partir do consideração do livre-arbítrio da vítima. Dessa forma, a natureza diferenciada de estupro contra mulheres e contra crianças se estabelece, denotando especificidades. Enquanto o estupro de mulheres tem a conotação sexual, da posse, do desejo, para crianças ele se assenta numa malignidade específica e rudimentar, que caracteriza a permissividade moral no ato de dominação aos mais fracos. Os elementos constitutivos dessa percepção tentam sustentar a extravagância dos sentidos atribuídos aos agressores, caracterizada por instrumentos como o álcool ou substâncias ilícitas, ou pela senilidade (op. cit.); bem como uma explicação ecológica de sua ocorrência: o deslocamento da idéia de que o estupro era um crime típico do interior e não dos centros urbanos. Posteriormente essa visão será modificada, com a incorporação da profissionalização feminina e a complexidade de suas relações no mundo do trabalho; a visão dos lugares promíscuos, de casas cheias etc. Enfim, visões que ainda circundam as representações sociais na amálgama moral das justificativas sociais.

As categorias abuso sexual, pedofilia e incesto, embora não ganhem assento penal explícito, pois correspondem a um conceito, não deixam de ser consideradas uma forma de escalonamento do estupro, e foram incorporadas ao debate penal, dentro de uma acepção da violência moral. Os termos também são historicamente construídos e a literatura (FLORES; CAMINHA, 1994; ROURE, 1996; GABEL, 1997; CHARAM, 2000; SANTOS, 2001; PERISOTTO, 2001) é vasta e também controversa a esse respeito. Em nível de ilustração vale reconhecer as diferenças. Perisotto (2001) reconhece que o termo *abuso sexual* pode ser classificado em: *pedofilia* – que trata de abuso de crianças, numa relação incestuosa, a partir da molestação; *incesto* – que é uma

prática sexualizada com criança regulada pela ascendência jurídica entre vítima e agressor; e *exploração sexual profissional ou incesto polimorfo* – que pode ser caracterizada por algum tipo de envolvimento sexual entre uma pessoa que está prestando algum serviço de confiança, estando submetida a um poder legitimado, tipo: médico/paciente, psicólogo/paciente, professor/aluno, clérigo/paroquiano, etc. (MARTINS, 2007).

Essas categorizações são bastante contemporâneas e revelam o esforço instrumental que a ciência realiza para explicar o estupro, seja pela perspectiva psicológica ou antropológica e sociológica, no campo de valores. Em função disso, entram em cena novas sensibilidades.

1.5 Novas sensibilidades

As novas sensibilidades podem ser caracterizadas pelas representações das novas mentalidades, pela disposição favorável em relação ao estupro, pelos valores atribuídos às condutas e aos comportamentos, e pelo reconhecimento de práticas como direito, que de certa forma foram já incorporadas no debate acima, sobre a hermenêutica do estupro, a hierarquização do crime e o escalonamento do estupro. Tais sensibilidades envolvem tanto as representações sobre os atores nas vítimas, seja na condição de mulher ou de criança, como sobre os agressores.

Algumas questões, contudo, valem ser destacadas para validar essas conjecturas, como o deslocamento da vulgarização do ato e sua notória intolerância expressa nos instrumentos legais. É interessante observar que o estupro sempre sofreu demasiada repugnância social com suas práticas condicionadas ao dispositivo moral da sexualidade. Contudo, a vulgarização estava mais vinculada à moralização, expressa no ordenamento, na medida em que esse não traduzia o amparo dos costumes, dos fatos da realidade. Pode parecer contraditório, mas sua história mostra que se a análise do estupro se focalizasse apenas nos dispositivos legais, nas expressões da lei (incluindo sua gravidade), sua imputação penal estava garantida. Contudo, a lógica prática não coaduna com essa compreensão, na medida em que a vulgarização e sua recorrente intolerância são construídas socialmente a partir dos dispositivos morais encobertos na tradição jurídica e na sociedade em que ela se estabelece. Essa tradição traduziu-se num

distanciamento, marcado pelo silêncio, entre os tribunais e a sociedade, mesmo com toda a perseguição penal e a severidade das penas, caracterizando uma intolerância formal. O estupro deixa de ser pitoresco, para ser um problema social; contudo, não se desassocia do rótulo de um crime emblemático.

Outros elementos significativos podem ser considerados nas novas sensibilidades. A ciência, por exemplo, instrumentaliza os preceitos jurídicos, reconhecendo a autoridade do domínio de saberes de seu discurso, embora o direito se incruste na sua observância legitimada da dominação legal. No que se refere à progressão dos institutos científicos, foi possível perceber a transferência do conteúdo imoral das práticas do crime de estupro para sua acepção como morte psíquica das vítimas, fruto de toda uma trajetória frente às interpelações psicológicas que se desenvolveram com um acúmulo de conhecimento, dotado de perspectivas mais consistentes e menos valorativas. A sociologia também, dentre outras contribuições, colaborou com a aplicação da quebra de identidades na interpretação do fenômeno, dialogando com os termos valorativos da depravação. Isso sem falar nas teorias feministas (LISAK, 1992; SEGATO, 1999; BANDEIRA, 1999; SOARES, 1999; SAFIOTTI, 1997; VILHENA; ZAMORA, 2004), que discutem a situação da mulher na sociedade e, conseqüentemente, sua vitimização pelo estupro.

A mobilização coletiva, pública, também balizou as novas sensibilidades, movimentando as mentalidades através dos mais diferentes instrumentos de informação, como a literatura¹³, a imprensa, o cinema etc. Muitos casos começam a ser revelados diante desses instrumentos, rompendo os muros do silêncio. A imprensa tem um papel de destaque nessa mobilização, quando denuncia, através de manifestações públicas de suas representações, a impunidade, não sem deixar também de interpelar-se diante de argumentações morais. Nenhum canal de linguagem está isento dessas expressões. Logo, eles desafiam nossa compreensão mais objetiva sobre o estupro, mobilizam e incitam novas reformulações reflexivas ao debate, ampliando o conhecimento sobre o estupro.

Contudo, esse movimento por parte da imprensa, ao deslocar o olhar para outras formas de violência, é controverso. Segundo Vigarello (1998), outras formas de violência contra a criança, que não os crimes de violência sexual, como os maus-tratos,

¹³ Para ver melhor essa questão das imagens do estupro, na literatura brasileira, ver RODRIGUES, A.da R. *Honra e Sexualidade infanto-juvenil na cidade de Salvador, 1940 - 1970*. Tese de Doutorado, UFBA, 2007.

por exemplo, recebem grande atenção da imprensa. O problema desse deslocamento está na hierarquização do escândalo, dando lugar de destaque a esse tipo de violência, particularmente os castigos excessivos por parte da família, em detrimento do estupro.

Os boatos, as testemunhas, os linchamentos públicos ou os atos dispersos da população no aprisionamento de agressores marcam elementos importantes na configuração das atitudes coletivas, que revelam o peso da mobilização pública, bem como um olhar mais singular sobre as vítimas.

É preciso considerar também, de alguma sorte, uma disposição dos tribunais para incorporar essas sensibilidades a sua amálgama interpretativa. Esses começam a dar mais importância às investigações: a sucessão de gestos, as palavras trocadas, a disposição dos lugares. Ainda que se considere pífia essas novas considerações, diante do enfrentamento de seus limites na arte de julgar. O caminho tortuoso de incorporação desses novos saberes fica disperso, muitas das vezes, na consciência individual de algum jurista, na medida em que no Brasil, particularmente, temos uma tradição que se assenta no modelo da *civil law*, que legitima a primazia da interpretação do direito pelo juiz. O caminho de absorção é acolhido, mas não de forma ampla e irrestrita.

O movimento feminista, segundo Vilhena e Zamorra (2004), também ganha destaque nessa promoção de novas sensibilidades, embora bem tardiamente, em razão da própria condição autônoma da mulher da sociedade brasileira. Destaca-se o assento do movimento feminista com ganhos institucionalizados, a partir da década de 1970, com a criação do espaço internacional criado pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), que, posteriormente, fomentará as conferências mundiais de mulheres¹⁴. Segundo Valente (2007), o movimento feminista enquadrado o debate na garantia de direitos a partir de novas formas de institucionalização e de mediação entre os interesses das mulheres e o Estado. Guzmán (1998) também revela essa relação entre o movimento feminista e o Estado, sobretudo, a partir da configuração dos distintos problemas e discursos desse movimento, de acordo com as posições e espaços institucionais consolidados. Costa (1998), no mesmo sentido, se debruça sobre as

¹⁴ Nesse caminho, o Brasil trilhou avanços consideráveis, promovidos pelo movimento feminista, no debate da Constituição Democrática de 1988. O movimento participa desse processo de luta política para incorporar suas demandas com a Carta das Mulheres à Assembléia Constituinte, em 1986. No ano de 1985, cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, dando vulto a essa Carta, e, nesse mesmo ano, destaca-se com a criação das delegacias especializadas no atendimento de mulheres. Posteriormente, em 2002, incorpora no desenho político nacional, a Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, subordinada à pasta da Justiça e, em 2003, com o governo Lula, é criada uma Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, integrante do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, com a função de auxiliar direta ou indiretamente o Presidente da República nos assuntos tangentes aos direitos da mulher.

relações de poder no Estado e o discurso feminista, na dinâmica de um desenvolvimento político. Enfim, o universo teórico a esse respeito é extenso. Contudo, o importante aqui é destacar a correlação entre a incidência do estupro e as características políticas da sociedade, com relação ao respeito pela mulher. Segundo Vilhena e Zamora (2004):

Em culturas onde a incidência de estupro é maior, a autoridade e o poder das mulheres são menores. Já em culturas livres de estupro a participação das mulheres é respeitada e é parte presente da comunidade. Tais sociedades são caracterizadas pela igualdade e complementaridade e a atitude das pessoas com respeito ao meio ambiente é de reverência, ao invés de exploração destrutiva (p. 123).

É claro que é preciso relativizar um pouco essas declarações ufanistas, pois, ao que nos consta, nenhuma sociedade é dotada de total igualdade na questão de gênero e, por essa ou outra razão, totalmente livre de casos de estupro. Contudo, o valor dessas declarações está em destacar o universo político das sociedades quanto a sua tolerância à violência. O mérito de alçar o estupro a crime de gênero, envolvendo política sexual e poder, é do movimento feminista. Segundo Shorter (1977) *apud* Vilhena e Zamorra (2004), a politização contemporânea do estupro nos EUA promoveu o debate sobre política sexual. Esse movimento buscou desmistificar o caráter patológico e reafirmou o crime de estupro como parte funcional do patriarcado, em toda sua constituição histórica. O posicionamento crítico do movimento desqualificou os argumentos romantizados dos conceitos de “mestiçagem” e “miscigenação” na construção de uma representação da “sensualidade natural” (VILHENA; ZAMORA, 2004). Carvalho (2008) também destacou a relação entre miscigenação e estupro, na natureza da colonização portuguesa, como uma necessidade individual e política, sobretudo, revelando a ausência de direitos civis para determinados grupos sociais (negros e índios). Nesse sentido, a teoria feminista (SOARES, 1999; VILHENA; ZAMORA, 2004) defende o crime de estupro como um crime de gênero. Logo, sua compreensão está circunscrita ao patriarcado, repudiando o discurso patológico. De qualquer forma, as autoras referidas reconhecem que deslocar a explicação para a questão do patriarcado é simplificar a complexidade do fenômeno e desconsiderar o poder da produção do discurso, subestimando sua plasticidade e potência no tecido da história ocidental (FOUCAULT, 1987). Além disso, tal postura desconsidera o *continuum* da dominação masculina, numa socialização feminina, de acordo com as categorias próprias do pensamento masculino (BOURDIEU, 1998).

De todo modo, a sensibilidade atribuída ao universo da criança provocou muitas mudanças nos julgamentos de estupro e incorporou mudanças de mentalidades significativas. Vigarello (1998) reiteradamente defende essa tese em vários momentos da história desse crime. Não quer dizer que, necessariamente, a preocupação da sensibilidade esteve atrelada a esses sujeitos, mas ao que eles representam¹⁵, ao bem que eles carregam. Essa afirmação é apresentada não só pela perseguição dos tribunais, mas como motivação para escalonamento da gravidade dos fatos do estupro e para sua hierarquização, além do investimento dos juristas para instrumentalizar seus julgamentos. Mesmo com consideráveis revisões das referências jurídicas, isso não se traduziu num aumento substancial das queixas, o que nos desafia a refletir que o problema não está circunscrito à questão formal das legalidades, ou seja, à lei e sua aplicação. A questão envolve práticas sociais que estão imersas no cotidiano das mentalidades; estão desenhadas na moral social. O movimento de sensibilidade permitiu um avanço, de alcance mais amplo, contribuindo um pouco nas iniciativas jurídicas. Grande parte dos processos iniciados, segundo o referido autor, restringem-se a casos envolvendo crianças. Entretanto, essa configuração dos processos ainda não traduz a realidade.

As novas sensibilidades voltadas para a criança-vítima mobilizou também novas referências da infância, sobretudo no que tange às novas concepções da infância. Muitos autores já se debruçaram sobre esse debate, dentre eles, Ariès (1981); Gélis (1991); Del Priore (1996; 2000); Rizzini (1997); Abreu e Martinez (1997); Kuhlmann (1998); Sarmiento (2002); Delgado (2004) e Minella (2006). Nesse sentido, vale destacar algumas considerações acerca da questão da violência contra a infância. Ariès (1981) destaca que a concepção da infância é uma construção social que surge na modernidade, associada à concepção do “novo homem moderno”. As percepções revelam mudanças, mas a imagem de seres inferiores foi preservada na dinâmica da organização social, onde a criança tinha uma função utilitária na economia familiar. Sua desvalorização estava associada à falta de razão e a sua suscetibilidade física, que exigia cuidados e não tinha nenhuma produtividade, utilidade para meio social. Por isso sua inserção precoce na vida adulta. A falta de cuidado e atenção revelou a trivialidade do infanticídio.

¹⁵ Como a revelação de Ariès (1981), que mostra que na Antiguidade, crianças eram consideradas seres inferiores.

Nessa perspectiva, Ariès (op.cit.) mostra que, no Séc. XVII, a Igreja, não naturalizando essas práticas, começa a associar a imagem da criança ao Menino Jesus, marcando a cristianização dos costumes. Medidas começam a ser orientadas na direção de uma moralização dos costumes, uma vez que as crianças eram acometidas por abusos de toda sorte e participavam de jogos sexuais. A mudança de concepção vem no bojo de um contexto moral em que crianças se socializavam através de um paradigma moralista, gerenciado pelo surgimento da família nuclear, e atrelado aos padrões da cúria. As transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da modernidade alçam a criança a um *status* mais destacado na sociedade e, particularmente, no interior da família, estabelecendo novas relações com esse grupo social e com a sociedade, sobretudo, enquanto uma preocupação pública.

Kuhlmann Jr. (1998) e Gélis (1991) consideram que tais concepções da infância advêm de tempos mais remotos, ainda na Idade Média, quando algumas preocupações com a infância já eram observadas, no que tange a sua sobrevivência, sua educação, sua religiosidade e cuidados com seu corpo. Os autores reagem às interpretações de Ariès (1981) quanto a sua aceção moderna, uma vez que Kuhlmann Jr. (op. cit.) considera que o sentimento de especificidade infantil foi revelado de diferentes formas pelos instrumentos artísticos (pintura, objetos, literatura etc.) em diferentes contextos históricos. O autor critica também essa percepção da infância atribuída à Modernidade por Ariès (op. cit.), pois a considera generalizante e linear, construída no interior da família burguesa, enclausurada em seus ambientes domésticos, íntimos, reguladas pela moralização dos costumes.

Kuhlmann Jr. tenta resgatar a infância pobre, desprivilegiada pela história, a partir dos registros das famílias abastadas, nos quais a criança era percebida com comportamentos inadequados, enquanto reflexo de sua adaptação ao seu meio social, com essa família. Sua socialização estava associada a um compêndio de experiências, através das quais incorporavam padrões. Elas compartilhavam tudo com os adultos, inclusive as experiências sexuais e, dessa forma, faziam parte de um corpo coletivo do tronco comunitário. Nesse sentido, eram crianças públicas (GÉLIS, 1991). No Brasil, alguns autores se destacam nesse esforço de mergulhar no cotidiano da infância, buscando estabelecer algumas percepções. Marcílio (1997) revela a emergência da infância pobre como questão pública. Leite (2003) entende que a infância só passa a existir no Brasil, quando ela se desloca para a esfera pública, incorporando-se à

economia, em razão das necessidades familiares. Nesse caminho é que ela se torna visível e passa à condição de “menor”, erigindo-se a condição de abandonados e delinquentes. Freyre (2001) descortina o palco da casa grande e da senzala, na formação da infância na sociedade brasileira, que ele considerou sem infância, na medida em que mostra como o patriarcalismo subjugou não só as mulheres, mas também as crianças. É importante observar nesse debate que:

Houve, dessa forma, um longo processo histórico até a sociedade valorizar a infância. Entretanto, a particularidade da infância não será reconhecida e nem mesmo realizada para todas as crianças. Na prática, este caráter universal vai perdendo sua extensão com as diferenças de classe, de gênero e de raça. Todas são concebidas como crianças no que diz respeito ao dado biológico, mas nem todas vivem a infância da mesma forma no que diz respeito às condições sociais, culturais e econômicas (DELGADO, 2004, p. 56).

Essa citação nos lembra o conceito de indignação seletiva (VIGARELLO, 1998), quando o autor discute como o privilégio social homogeneíza o tratamento de antigas violências, em rixas públicas e privadas.

Isso valoriza ainda mais o entendimento de que o estupro é um crime que tem uma visão própria, coberto pelos segredos e pelo aviltamento que minimizam sua violência e encobrem sua brutalidade, numa moral não só classista, mas de raça e gênero. O legado das novas percepções foi desnudar sua atrocidade, revelando novas sensibilidades nas mentalidades, pois sua persecução na lei está manifesta. Foi preciso recuperar a violência à frente da infâmia para reconhecer que existem outros elementos na composição dessa violência. Contudo, a grande insistência diante do estupro ainda na sua ligação com a força física e na focalização nos fatos visíveis é premente. Mesmo com todas as considerações acerca da violência moral que o delito de estupro incorpora nas suas dimensões de crime, são prementes diante dos tribunais as provas materiais.

1.6 O Estupro e as verdades jurídicas nos crimes sexuais – o universo ardiloso da reconstituição do fato jurídico

É notório o moralismo arraigado reinante na esfera penal sexual e alguns estudos mostram isso ao abordar as preocupações atinentes às questões sexuais (FEIGUIN et al, 1987; IZUMINO, 1998; VIGARELLO, 1998; SILVEIRA, 2008). Segundo Silveira (2008, p. 219): “Nenhuma consideração deve ser tida em algo místico e sagrado, como se mostram o sexo e a sexualidade, ainda mais quando menores de idade”. O autor referido ainda contribui para a compreensão do saber jurídico quando declara que não se pode, de qualquer sorte, aceitar os preceitos de simples moralidade burguesa, judaico-cristã, como referencial para definição de bem jurídico protegido em termos sexuais.

A função controlada do discurso da sexualidade, do desejo, passa pelo controle do próprio corpo, mediada por preconceitos de natureza variada, seja pela vertente religiosa e/ou pela vertente moral. Abordar a questão da sexualidade é fazer um enfrentamento à violência sexual. A própria ideia ligada à moral e aos bons costumes, ainda tematizada no Código Penal Brasileiro, quando se trata de crimes sexuais, reforça a concepção distorcida do bem jurídico a ser protegido. Não é a *moral e os bons costumes* que devem ser protegidos, mas a autodeterminação sexual. Isso implica em uma nova percepção, uma nova sensibilidade. Os costumes se associam à categoria da sexualidade; logo, enquadrar a proteção jurídica nos *bons costumes* é normatizar a sexualidade a partir de uma acepção moral, do que é considerado certo e errado. Essa é uma postura que se opõe à promoção e à garantia sexual, protegidas enquanto direito. É o Direito Penal quem controla o corpo e o desejo. Os limiares da violência podem ser tão sutis que, na tentativa de garantir a normatização de todos os comportamentos sexuais, instaura-se um controle até das intenções sexuais entre as pessoas.

Como o direito é fundamentado nos valores, a moral coaduna-se com o instrumental jurídico, o que prevê problemas numa sociedade hierarquizada, com fortes características conservadoras, normatizadoras. Vigarello (1998) apresenta, nesse particular, as tradições jurídicas nos EUA, onde a relação com o direito se orienta mais para esse tipo de normatização, voltando-se para a questão das identidades. A luta pela igualdade de sexos é fruto de um processo de luta ligado às minorias que estabelecem uma força muito singular em suas reivindicações, marcando bem mais a fronteira entre

os indivíduos. Já a tradição francesa trata a questão das violências numa perspectiva hierárquica, marcando um novo tempo em que “*à cegueira relativa da velha sociedade desigual sobre a violência sucede uma vigilância exarcebada por uma sociedade de iguais*” (VIGARELLO, 1998, p. 222).

O controle da ofensa sexual incorpora-se ao direito ainda sob um viés conservador, mas admite-se que a concepção dos direitos humanos colabora para o exercício de um direito que recusa as formas violentas impetradas sobre o corpo. Este deixa de ser um objeto, uma propriedade, como é comum nas relações entre agressor e vítima, ainda sob a argumentação da explícita benignidade de “proteção” que esse comportamento pode constituir, sobretudo nas esferas privadas.

A percepção negativa da sexualidade é ainda dotada de controle moral e recebe uma nova abordagem, numa versão ligada ao afeto, ao prazer e ao amor, que ainda encontra limites nas representações coletivas. Inclusive, no preceito normativo, a sexualidade só vai ser incorporada como um direito, a partir da década de 1990. Até então, o universo da sexualidade no campo jurídico se dirigia a uma concepção criminal, no Código Penal. Nesse sentido, a discussão de gênero que se coloca também no debate é saber em que sentido a condição do feminino e masculino incitam uma normatização de sua sexualidade, em que sentido suas esferas assentam distribuição de poder nas suas garantias legais de condições sociais. Giddens (1993), na sua análise sobre a transformação da intimidade, revela que, no desenvolvimento das sociedades modernas, com o controle dos mundos social e natural, o domínio do masculino foi centralizado na razão. Isso, então, assentou a cosmogonia dos gêneros. Assim, enquanto os homens foram inscritos no paradigma da razão, desvencilhando-se da tradição e do dogma, logo, da emoção; as mulheres, seu opoente “natural”, estariam, em contrapartida, imersas na dimensão irracional, seja pela loucura ou pelo capricho. Isso sem dúvida, desenvolveu um legado, transformando-as em *suboperárias emocionais da modernidade* (GIDDENS, 1993, p. 218). Suas emoções, então, foram inscritas numa percepção indiferente às considerações éticas. Segundo o autor:

A razão desvia-se da ética devido à dificuldade de se encontrar argumentos empíricos para justificar as convicções morais; entretanto, também faz isso porque os julgamentos morais e os sentimentos emocionais são considerados opostos. Loucura e capricho – não precisa muito esforço para perceber o quanto são estranhos aos imperativos morais (op. cit. p. 218).

Isso sem dúvida, está relacionado à qualidade do controle, que se destaca pela sua obrigação negativa, na atribuição escusa que os valores na sociedade brasileira atribui a esse tipo de prática. Reinvidicar o exercício da sexualidade é uma bandeira ainda marcada por sigilogismos, e fazer tal reinvidicação implica em descortinar as práticas da violência sexual, agora de forma mais intolerante. O combate às ofensas sexuais deveria ser vivenciado com um certo grau de autonomia, liberdade e responsabilidade, constituindo a questão dos direitos sexuais. Contudo, há uma tradição imperiosa que monopoliza essa experiência, ainda pela dominação masculina (BOURDIEU, 1998).

Segundo Misse (2010), o conceito da violência é amorfo e tem reflexo no nível de tolerância com que cada sociedade recepciona a violência. Diferentes grupos sociais têm percepções distintas das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças que elas exprimem. A violência pode ser vista, então, como um fenômeno desestruturado, fragmentado em um mundo social, sem protagonistas sociais que sustente dinâmicas internalizadas pela cultura e pelo conformismo.

Há, sem dúvida, um descompasso entre as práticas e as normas jurídicas, na vivência cotidiana de seus protegidos. Segundo Campilongo (1998), essa divergência é o reflexo de um sistema de valores intrínseco à função judiciária, no Estado liberal, que se baliza por uma fidegnidade à lei. Essa característica particular desse sistema orienta os operadores e, sobretudo, os juízes a um tecnicismo na sua função adjudicativa, incorporando um silogismo dotado de certeza da segurança jurídica. Rebuffa (1988) ridiculariza tanto essa forma normativa de conduzir as “verdades jurídicas” que denomina de “folclore judicial” essa prática jurídica refratária. Campilongo (1998), nessa reflexão, justifica:

A hermenêutica jurídica do Estado liberal, vale dizer, de uma concepção de Estado de Direito, exclusivamente preocupada com a preservação da liberdade jurídica, “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade”. O juiz liberal é aquele que circunscreve as atividades do Estado e as funções do próprio Judiciário (p. 45).

Entretanto, o autor problematiza essa acepção na passagem do Estado liberal para o Estado social, mostrando os limites da ideologia da fidelidade à lei, na

intermitente sociabilidade entre o Estado de Direito e as garantias sociais. A correlação de forças sociais imbuídas na legitimação de suas aspirações não se traduz na capacidade circunstancial de resposta do sistema político, o que implica num ajustamento das expectativas e pretensões jurídicas (op. cit. 1998). Dessa forma, observa-se o adequamento de um discurso jurídico assentado na “incapacidade” do Estado liberal. No direito civil, isso aparece, por exemplo, nos argumentos como *impossibilidade material* de aplicação do direito ou *ineficácia absoluta das decisões*; e no direito penal, argumentos como *extinção de punibilidade por prescrição* podem escamotear de fato a garantia de direitos aos que buscam a justiça. Esse esforço conceitual pode até se caracterizar por um elemento constitutivo da crise do Estado, mas não se pode negar que a flexibilização interna do sistema coaduna com alguns interesses, denotando uma insegurança jurídica externa aos destinatários da regra jurídica.

A discussão que se coloca é a fragilidade das instâncias decisórias que vão responder a sociedade na confiança depositária de coesão social, uma vez que a falta de discussão e debate nos espaços de interlocução movimentam ações e modelos institucionais que comprometem a garantia da integralização da proteção de crianças e adolescentes e refletem um tratamento desigual, vivenciado pela experiência da impunidade. Como observa Lopes (2000, p. 97): “Se argumentos contra a autonomia persistem e recebem algum apoio é porque são significativos de um ethos, de uma atitude de desrespeito à liberdade e à dignidade”.

Kant de Lima (1989), num texto clássico no Brasil sobre a cultura jurídica e as práticas policiais, revela a tradição inquisitorial na dinâmica das práticas jurídicas no país. O texto se propõe a compreender e a explicitar as práticas policiais e jurídicas, percebendo características de processos culturais mais amplos camuflados pela cultura jurídica. O sucesso de sua investigação é explícito nas recorrentes citações na literatura dos estudiosos sobre o crime, sobretudo pela sagacidade do desvendamento das nuances dos sistemas jurídicos e pela aproximação, mediada por uma sociologia interpretativa, do “direito”, numa versão menos normativa e mais sociológica. Isso se registra, considerando que muito do nosso esforço em traduzir os procedimentos jurídicos dos operadores do direito, numa linguagem menos especializada, tem assento referendado no trabalho desse autor, aqui apropriado na sua explicação sobre a cultura jurídica dos tribunais.

No Brasil, o processo penal é o instrumento da jurisdição penal que vai conduzir a procura da verdade real, dos fatos, imputando a conduta criminosa a uma pessoa, que é chamada a dar sua versão e produzir sua defesa. É o procedimento que determinada a entrada no sistema jurídico nos tribunais. Segundo Kant de Lima (1989), é a descrição dos procedimentos que deve ser seguida para que se possa condenar ou absolver alguém pela prática do delito, mediante a denúncia do Ministério Público, caracterizando a entrada do “fato” no mundo do Direito.

Outra discussão importante também elencada por esse autor refere-se à produção da verdade e do fato jurídico. Existe uma diferença entre a produção da verdade no processo civil e no processo penal, o que por si só já denota a produção da verdade no meio jurídico. A primeira, segundo a tradição doutrinária, segue o princípio da verdade formal: o juiz decide de acordo com as provas e os pedidos das partes arroladas nos autos. Como a verdade está baseada nas provas, no processo civil, elas são de responsabilidade das partes, valendo o brocardo jurídico: *quem acusa tem o ônus da prova*. Kant de Lima (op. cit) critica a aceção que orienta o processo penal, pois reconhece a plasticidade da verdade que está inscrita nessa especialidade do direito, já que o princípio que rege a conduta é o da verdade real: a produção das provas é conduzida pela polícia judiciária – uma vez que ela está mais próxima do fato, sua proximidade também pode alterá-la, deformá-la. Nesse sentido, as limitações do inquérito policial podem incitar determinadas atitudes do juiz, pois ele tem autoridade para incluir nos autos outros elementos que julgar necessários (que podem ser solicitados à delegacia, à defesa ou ao indiciado), provas que julgue pertinentes para formar seu livre convencimento. Ou seja, caso o processo apresente lacunas, de modo que o juiz julgue as informações insuficientes para tomar sua posição diante do fato, ele pode solicitar mais provas, cobrar uma investigação mais apurada etc. Isso significa que a autoridade judiciária não está submetida a nenhuma hierarquia formal entre uma prova ou outra. A decisão sobre as verdades do fato é sua, e só encontra limites na definição da sentença substanciada com a justificativa legal e racional, conforme exige a Exposição dos Motivos, art 157, do CPP.

A inspiração desse benefício jurídico-processual é orientada pela tradição jurídica, caracterizada pelo modelo francês, da *civil law*. Esse protótipo jurídico é parte de um modelo binário nos tribunais ocidentais caracterizado pela *civil law* e pela *common law*: esse procedimento é caracterizado pela *civil law tradition*, ao qual a

cultura jurídica brasileira está submetida. Na *civil law tradition*, a produção da verdade está associada à lei, na medida em que o caráter da lei é eminentemente normativo, como fonte primária do direito, fundamental para definir a ação. Contudo, aceita-se a complementação de comentários e interpretações dos juízes, os decodificadores *experts* da lei. Ela atende a um pensamento abstrato e dedutivo, a partir do estabelecimento de premissas para consolidar conclusões (verdades), orientando normas gerais reguladoras. A ideia do dever ser na aplicação dos casos depende, segundo Kant de Lima (1989), de interpretações que dêem conta do caráter contingencial da realidade, a partir da “vontade da lei” – a função do jurista é tarefa interpretativa. Na *civil law tradition* tudo pode ser incorporado aos autos, inclusive para garantir a ampla defesa. Contudo, o juiz não precisa de um rigor hierárquico que balize seu convencimento expresso na sentença.

Já na *common law tradition*, a produção da verdade opera num processo identitário entre lei, fato e verdade; os preceitos não estão organizados em um ordenamento legal cingido, abrangente. O julgamento é proferido por jurados que proferem um veredito – a verdade. E este se constitui no fato para se fazer a lei. O precedente legal é criado a partir da constituição primeiro do fato. Os limites legais aqui estão na definição do que pode ou não ser aceito como prova e incorporado aos autos para apreciação do juiz e jurados na apreciação de um caso. A elaboração dos fatos é realizada de forma seletiva, pois esta instrumentaliza a evidência dos fatos, consubstanciando-se como prova. Contudo, os fatos têm que ser justificados ao final do julgamento para se produzir um precedente legal que formalizará a lei.

O caminho para a fundamentação da verdade nos tribunais é arduo, uma vez que é preciso considerar que as distinções desses sistemas estão estabelecidas em preceitos e regras explícitas, onde os argumentos são articulados, apreendidos e usados (PITKIN, 1972 *apud* VARGAS, 2000). O formalismo processual, enquanto instrumento de argumentação, é exposto de forma magnífica por Souza Santos (1988):

A estrutura operacional dos sistemas jurídicos estatais contemporâneos assenta em distinções, mais ou menos rígidas, entre forma e conteúdo, processo e substância. Estas distinções garantem a reprodução da racionalidade formal que Marx Weber arvorou em característica básica do direito moderno e converteu em fonte de legitimação do poder político liberal. O que caracteriza, em seu tipo ideal, a racionalidade formal é tratar-se de uma forma de arbitrariedade simultaneamente total e totalmente controlável. Assim a distribuição rígida das categorias polares referidas (forma/conteúdo, processo/substância) está em total contradição com os princípios da lógica material e é, por isso, arbitrária. No entanto, precisamente porque o é, cria uma terra de ninguém, onde se torna possível o accionamento, tendencialmente sem restrições, de uma lógica tecno-operacional, um accionamento tanto mais eficaz e irrestrito quanto maior for a tecnologia conceitual e lingüística, a profissionalização dos agentes, e a burocratização institucional (p. 30).

A questão da produção da verdade está, então, no direito brasileiro, assentada numa tradição, em que a fundamentação do direito está fixada no trabalho dos legisladores, na sua construção das regras jurídicas, e, no particular do estudo, nas regras penais, consubstanciadas numa ordenação exegética dos costumes a partir de um alinhamento de normas abstratas e genéricas, tentando incorporar as condutas criminosas no seu substrato ordenatório. Missão difícil; pois implica em considerar práticas sociais nem sempre valorizadas e reconhecidas, uma vez que elas sofrem um processo de triagem seletiva dos fatos considerados pertinentes. A história do estupro (VIGARELLO, 1998) nos mostra que os desafios foram muitos, ao longo dos anos, na tentativa de incorporar essas práticas e condutas na tipificação criminal e, conseqüentemente, na sua aceitação de vontade da lei por parte dos juízes, caracterizando processos falhos, confusos, com fatos pouco aprofundados, deixando muitos eventos à sombra e, sobretudo, caracterizando a disparidade das penas. A verdade então era a que os tribunais institucionalizaram, através de suas regras jurídicas. No bojo dessas normatizações, elementos como a indeterminação dos conceitos, a qualificação dos fatos, a aplicação do direito aos fatos, a complexidade da cadeia causal, os embaraços da conceituação jurídica etc. revelam os limites da produção da verdade no campo jurídico.

Essa questão nos parece pertinente em razão da produção de verdade que se constitui como elemento normativo no campo jurídico. É lugar-comum reconhecer a contribuição de Foucault (1999) no campo do direito, na desconstrução da idéia de verdade unívoca, apontando a verdade como uma produção histórica e social, mostrando a heterogeneidade e multiplicidade presentes em seus diferentes objetos. Isso posto, revela-se a impossibilidade de apreender a verdade de forma objetiva e neutra como a pretensa verdade real e formal que o direito precípua, denotando a fragilidade de qualquer conhecimento sustentado sob os alicerces de uma verdade apreendida e revelada por uma “realidade”. O referido autor, em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, faz uma análise da constituição do direito e revela como, ao longo das histórias das verdades, as práticas judiciárias estão caracterizadas como uma das práticas sociais mais importantes na produção de verdades.

A outra forma de observar a produção da verdade, segundo o autor, seria a partir do paradigma científico. O paradigma científico, fundado nos princípios das

ciências naturais, revela um modelo global de racionalidade científica. Esse modelo se apresenta com natureza totalitária, negando toda e qualquer outra forma de conhecimento que não aquelas submetidas aos princípios epistemológicos (teoria) e às regras metodológicas (método). O determinismo mecanicista desse paradigma é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de dominá-lo e transformá-lo. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente, do século XVIII e XIX, ao qual Foucault vai remeter para explicar a sociedade disciplinar.

O mesmo ocorre nas formas jurídicas que, na história das verdades e das práticas judiciárias, originam os modelos de verdade que circulam em nossa sociedade (FOUCAULT, 1999). Essas verdades são tão totalitárias e hegemônicas como a história da ciência. Para o estupro, esses dois domínios de conhecimento (direito e ciência) foram fulcrais para estabelecer novas nuances na tipificação criminal, através do escalonamento do crime. Embora a admissão das referências médicas tenha crescido, independente dos tribunais, tendo em vista seu desenvolvimento paralelo às referências jurídicas, tal admissão teve que passar pela apreciação dos legisladores, no modelo *civil law*.

Para Vigarello (1998), é justamente sobre o debate entre o juiz e o médico que se assentam as premissas da periculosidade, pois esse confronto entre o direito e a medicina favorece o alinhamento da responsabilidade penal do criminoso, na medida em que esses campos disciplinares têm instrumentos teóricos e práticos pertinentes para auxiliar o trabalho da adjudicação. Ou seja, a preocupação de médicos e juristas se focaliza na responsabilidade do agressor, observando, confluentemente, a forma do seu ato criminoso e o peso de sua gravidade, de modo a garantir a segurança jurídica.

Nietzsche, referendado por Foucault, já anunciara esses modelos como aptos para servirem como domínios de saber, a partir das relações de força e poder, bem como de relações políticas na sociedade. Essa dinâmica inaugura uma teoria do conhecimento, na qual Nietzsche vai enaltecer a diferença entre origem e invenção. Eis aqui o ponto crucial sob o qual Foucault toma a produção da verdade. Para Nietzsche, não existe origem do conhecimento, mas invenção / construção do conhecimento. O mesmo autor dá centralidade à raiz do conhecimento, apontando uma oposição e não uma unidade de princípios. Algo como ódio, luta – relação de poder (op.cit, p. 25).

Nesse instante teórico, Nietzsche se opõe a Platão, Descartes e Spinoza na concepção do conhecimento. Segundo Foucault (1999), esses autores preconizam a unidade, a semelhança na teoria do conhecimento, nas formas de saber. Nesse sentido, como o processo de produção do conhecimento é permeado por relações de poder, Foucault (1999) enfatiza que, para se aproximar do conhecimento, é salutar se aproximar dos políticos – para compreender as relações de poder que se engendram nessas relações de forças construídas por atos diferentes entre si, dos quais os homens se apoderam (op.cit). Foucault, em sua análise de Nietzsche, ressalta que o poder político não está desprovido de saber, mas está substancialmente envolvido pelas tramas do saber. Nietzsche recupera essa antinomia entre saber e poder e assenta que todo conhecimento traz, em sua essência, a luta pelo poder.

Assim, com essa reconstrução teórica da filosofia ocidental, Foucault vai se dedicar a compreender a produção da verdade nas formas jurídicas. O campo onde os homens arbitram os danos e responsabilidades nas relações entre verdade e homem, na história do Ocidente, caracterizada pelas práticas jurídicas, por constituir-se por domínios de saber da maior importância para as práticas sociais. Foucault (1999) revela que essas formas jurídicas dimensionam em determinado número de verdades, definidas a partir de prática penal. E, sendo elemento principal para a prática penal, o inquérito aparece como uma forma característica da verdade nas sociedades. É uma forma política, uma forma de gestão administrativa desde Idade Média, de exercício de poder, e que, por meio da instituição judiciária, se tornou uma maneira de autenticar a verdade.

O inquérito era um procedimento pelo qual, na prática judiciária, se procurava saber o que havia ocorrido. Tratava-se de reatualizar um acontecimento passado através de testemunhos apresentados por pessoas que, por uma ou outra razão – por sua sabedoria ou pelo fato de terem presenciado o acontecido – eram tidas como capazes de saber. (op.cit. p. 87-88).

Foucault (1999) destaca como as formas jurídicas produzem determinadas formas de verdades, domínios de saber a partir de práticas sociais, sobretudo no campo do direito penal:

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concedeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre homem e a verdade que merecem ser estudadas (p. 11).

Esse construto analítico merece destaque nesse trabalho por entendermos que o estupro sofre da fragilidade do conhecimento produzido pelas provas nos procedimentos processuais. Na verdade, não se trata de uma limitação de conhecimento, mas de uma defesa de certas práticas e de certas condutas, substancialmente atreladas aos indícios físicos, mesmo com o imperativo da palavra, a partir da declaração da vítima como instrumento de fundamental importância. A incorporação da palavra, do testemunho da vítima, uma vez que não se substancia a materialidade no crime, tem que estar aliada a uma “palavra convincente”. Isso, por si só, incorpora os elementos refratários na avaliação do estupro, envolvendo a conduta da vítima e sua moral perante os operadores do direito.

O modelo do inquérito está baseado no testemunho, na lembrança. Para Foucault (1999), essa fragilidade remonta ao método grego de inquérito, com Édipo-Rei. Na Idade Média, mais particularmente no Direito Germânico, esse método vai se sofisticar, não é mais a verdade que se busca, mas a regulação dos procedimentos, a racionalidade dos processos. Nesse sentido: “A prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é ao mesmo tempo, quem tem a razão” (op.cit. p. 62).

No aspecto institucional, marcado pelas fragilidades instrumentais e processuais da investigação, a materialidade das provas nem sempre é passível de investigação, sendo refém de um único instrumento, que é a palavra da vítima e o testemunho, muitas das vezes filtrado pela caracterização pessoal da vítima ou do indiciado¹⁶. Isso incorre na configuração de um tipo de apuração de responsabilidade penal e, por assim, dizer numa concepção de impunidade.

Esse procedimento é uma maneira de ampliar a atualidade do ocorrido, uma vez que o testemunho e a lembrança no desafio das provas não se configuram como suficientes na investigação penal, e o seu aparecimento é um fenômeno complexo na sociedade porque produz verdade, logo, com alta potência de poder político. E, como forma de saber situada numa intersecção entre um tipo de poder e um conteúdo de conhecimento, tem domínios específicos nas configurações sociais. Embora esse procedimento tenha sido reinventado pela ordem religiosa/eclesiástica da Idade Média, também foi recuperado por uma raiz administrativa do Estado Carolíngia. E, mesmo

¹⁶ A literatura tem um a vasta apreciação das incoerências no sistema jurídico, de formas diferenciadas de atuação do judiciário, dependendo de quem seja a vítima ou o indiciado.

impregnado de categorias religiosas, se deslocou dessa natureza nas sociedades contemporâneas a partir da sua adoção na noção de infração. Enquanto uma das grandes invenções da Idade Média, o dano não é mais exclusividade da vítima, mas caracteriza-se também por uma lesão à ordem, à lei, ao Estado. Logo, não deve ter mais relação com a falta moral ou religiosa. É a máxima do sistema teórico da lei penal de autores do período revolucionário francês, como Beccaria, Bentham e Brissot.

A produção do discurso das verdades para o crime de estupro estabelece uma arquitetura jurisdicional que envolve a percepção política do sistema jurídico, bem como sua valoração diante das práticas sociais. Os ajustes em nome desses dois assentos fundamentais marcam a hermenêutica do estupro e revelam que a verdade está na realidade impossível de ser reconstruída, mas que pode ser ajustada, tanto para valorizá-la – como no Estado liberal diante de seus ajustes na garantia dos direitos aos receptores legais – quanto para desvalorizá-la frente à moralização de determinadas práticas sociais.

2. A LEGISLAÇÃO E OS FUNDAMENTOS LEGAIS E SOCIOLÓGICOS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO PARA O DELITO DE ESTUPRO

2.1 Surgimento da vítima

O crime de estupro marca uma condição especial para mulheres e crianças, mesmo que neste trabalho a acepção de estupro esteja dimensionada de forma mais ampla, ao entender que o ato, a ação perpetrada à pessoa que sofre o dano, não se restringe a uma questão de gênero e nem a uma questão “técnica” da penetração sexual sob condições de violência no órgão sexual. Contudo, não se pode negar que, em razão do entendimento legal sobre a prática desse comportamento delituoso ter se restringido a um efeito “técnico”, este se dirigiu, então, à figura feminina. Isso, particularmente, alçou as vítimas de estupro a uma situação especial de protagonismo no ilícito penal, a partir de sua condição de vítima enquanto crianças. A afirmação do espaço público da vítima cria uma emergência de sua figura dentro de conjunturas históricas precisas, que foram ganhando destaque e estabelecendo uma ruptura antropológica, segundo Wieviorka (2005), a partir dos anos 70.

O surgimento da vítima se revela a partir do reconhecimento público de seu sofrimento, e do fato de que esta tem sua integridade física e moral desrespeitada, agredida, negada, a partir de um tipo de violência vivida, experimentada, à qual ela sobreviveu, consubstanciada em seu traumatismo pessoal. Esse tipo de violência é individualizado, está na pessoa agredida e sempre teve, na história penal, um significado precário, diante do mal maior à coletividade. A invisibilidade de seu sofrimento está projetada no aporte da coletividade, pois, ao delegar seus poderes ao Estado, através do direito penal, a vítima transforma sua ofensa em uma ofensa à sociedade. A administração de sua ofensa pela Justiça tira sua individualidade.

Na perspectiva sociológica, este é o velho e pertinente debate entre justiça punitiva e retributiva de Durkheim. Já no debate jurídico, se assenta entre a justiça redistributiva e a justiça restaurativa. Na redistributiva o crime é um ato contra a sociedade e o interesse da punição é público, concentra-se no foco punitivo contra o

infrator e consagra-se pouca assistência à vítima. Já na justiça restaurativa o crime é um ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio acusado, por isso o interesse de punir e reparar são das pessoas envolvidas no caso, podendo ser a vítima ou a própria família, se utilizando do instrumento da vingança, por exemplo. Nesse tipo de justiça, o foco punitivo se esvazia diante do foco conciliador e consagra-se assistência à vítima. O Brasil contém os dois sistemas teóricos que estão caracterizados nos ordenamentos jurídicos: Constituição Federal, Lei de Execuções Penais, Lei nº 9099/95 (que criou os Juizados Especiais), bem como os Tratados de Direitos Humanos.

É interessante observar que esse caminho da invisibilidade das vítimas foi construído socialmente e, dessa forma, merece ser refletido, pois é possível observar melhor o elemento mais característico para explicar o crime que foi o desvio da atenção do criminoso para as vítimas, no final do século XX.

Segundo Robert (2007), esse movimento foi fruto de uma cisão entre os teóricos sociológicos do conflito, de modo que uma parte enveredou-se para uma perspectiva mais ideológica, contrários à corrente teórica do pacto social; e outros partiram para uma perspectiva de desencantamento com programas de tratamento da delinquência, sobretudo pelo movimento de massa dos juristas pela justiça redistributiva. Essa cisão teórica divergiu as reflexões sobre o crime entre aqueles que se voltavam para uma compreensão mais estreita da delinquência promovida pelo Estado, representando o sistema econômico opressor; e aqueles que se voltavam para as ofensas às pessoas e aos bens. O enfraquecimento do modelo assentado no pacto social, ruindo com as mudanças da reestruturação capitalista, promoveu novas tendências na visão do crime. A delinquência passa a ser pensada como uma questão de segurança; logo, sua percepção se dirigiu para os que suportam mais o crime, em detrimento dos que cometem o crime. Robert (2007) defende, ainda, que as pesquisas de vitimologia, na mediação da delinquência, elevaram a figura da vítima para melhor compreender o crime.

Wieviorka (2005) atribui essa mudança a outros fatores, não menos importantes. Ele relata que a vítima contemporânea¹⁷ começou a adquirir visibilidade pública no século XIX, a partir de dois domínios: um internacional e outro interno à vida social. O domínio internacional é analisado pelo autor a partir dos campos de batalha, com a projeção da Cruz Vermelha, no resgate das vítimas de guerra, não só

¹⁷ Embora o autor não faça essa distinção no texto, é compreensível pela leitura do tema que, em contraposição a vítima contemporânea, considera-se também, na literatura, a vítima característica das sociedades segmentadas, tradicionais, em que o uso da punição e o interesse de punir estava reservado a ela ou à sua família na justiça restaurativa.

militares, mas de civis, o que era muito raro antes da Primeira Guerra Mundial. Depois, já no século XX, as ações se voltavam para o socorro dos soldados e civis com o aumento considerável de ataques a civis na Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, nos conflitos durante os anos de 1980, chegando a cerca de 90% de vítimas de guerra (op. cit. p. 83). O fato de grande parte dos socorridos serem, evidentemente, mulheres e crianças motivou as primeiras conferências internacionais de mobilização. Essa projeção internacional, com a intervenção da ONU¹⁸, implicou em promover medidas de proteção aos beligerantes antes de qualquer coisa nos conflitos de guerra, ressaltando a figura da vítima.

O domínio interno que Wieviorka (op. cit.) destaca é objeto desse estudo, pois trata-se da violência sofrida pelas mulheres e crianças, retratada por Vigarello (1998) na descoberta da violência moral. Ele destaca a importância dos juristas e médicos nessa nova visão da infância, sobretudo, os médicos-legistas Ambroise Tardieu e Alexandre Lacassagne. O autor destaca também a emergência da vítima como objeto específico das políticas públicas, esboçada no século XIX, como um dos aspectos do Estado-Providência, sob a forma de uma assistência crescente, a partir do reconhecimento pelo Estado dos domínios que devem ser previstos socialmente e recompensados. Esse caminho introduz uma lógica de reconhecimento da vítima. Contudo, o autor revela que, ao mesmo tempo em que a vítima aparece como objeto autônomo das políticas públicas do Estado-Providência, ela atinge a lógica do Estado Penal. Assim, “Là ou l’État pénal évacue ou presque la victime, l’État-providence l’introduit” (WIEVIORKA, 2005, p. 84).

A ruptura antropológica, à qual o autor se referia, se projeta nessa nova acepção, que não necessariamente se limita às mudanças legais, às projeções tomadas pelos ordenamentos jurídicos, mas engloba a legitimação que as mobilizações coletivas absorvem. As preocupações coletivas, os movimentos feministas, o espectro de um novo *front* cultural se estabelece a partir desse dimensionamento do sofrimento das vítimas de forma imperativa. Tudo isso ignora a soberania dos Estados e reforça os mecanismos humanitários, livre das amarras das fronteiras.

¹⁸ Essa intervenção foi caracterizada pela Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e Abusos de Poder, numa Assembleia Geral da ONU, com voto do Brasil no Congresso de Prevenção de Crime e Tratamento de Delinquente, em Milão, em 29 de novembro de 1985. A Resolução 40/34 orienta os Estados na redução da vitimização e, dentre outras coisas, promovem ajuda às vítimas e seus familiares. No Brasil, a sociedade civil organizada, através de associações manifesta essa orientação internacional.

2.1.1 A vitimiologia

Robert (2007) e Wieviorka (2005) vão analisar também o triunfo das pesquisas de vitimologia na mediação da delinquência. Segundo Robert (op. cit.), as pesquisas sobre vitimização foram um método inaugurado a partir da década de 1960, a *Victimisation Surveys*, promovida por uma comissão de pesquisa sobre o crime – *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice* (1967) – com sucesso extraordinário, que dinamizou pesquisas nos EUA, Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, Canadá, Suíça e França. Inclusive, com a criação da *Société Internationale de Victimologie*.

O desenvolvimento de pesquisas a partir do risco que as vítimas assumem passou a fazer parte do cenário científico, já em 1956, com Mendelson, num estudo sobre vitimologia no âmbito do direito penal, com intuito de conhecer o comportamento da vítima, compreender a causalidade do crime, adequando as possíveis previsões. As pesquisas avançam e tentam favorecer a exaltação do que a vítima sofreu, em detrimento da causalidade. Zehr (2008) busca, nesse caminho, destacar as necessidades da vítima, no que tange aos seus direitos respeitados e acolhidos por parte das políticas públicas. Essa análise revela as dinâmicas assimétricas que se colocam para distintos grupos sociais e pessoas, quanto a sua segurança jurídica, suas deformidades nas práticas legais para aquisição de seus direitos, e quanto a sua resposta jurídica do bem ofendido, na informação sobre o processo, no acolhimento da iniciativa jurídica, na validação de suas emoções (sobretudo no que tange à violência moral) e no seu empoderamento.

Outro autor importante na discussão da relação da vítima com seus direitos é Colorado (2006) com seu enfoque mais sistêmico, composto pelas vertentes sócioestrutural, institucional e coletiva da vitimização. O autor enfatiza as três esferas que estão implicadas no processo de vitimização, podendo ocorrer em situações específicas na estrutura social, depois a violência sofrida pelas instituições e as violências relacionadas a grupos e populações.

De modo geral, a questão da vitimologia é um processo complexo que envolve não só as formas de sua perpetração, que pode ser por uma violência física, assentada por um comportamento delituoso, mas também por sua forma ocasional, caracterizada pela estigmatização, podendo sofrer duplamente um processo de vitimização.

A vitimologia crítica tem revelado muitas teorias significativas, mas destacam-se aqui particularmente três trabalhos por reconhecê-los apropriados para as vítimas de estupro. Wynne et al (1997) destacam as vítimas diretas, aquelas que sofrem diretamente a agressão, a violência e as vítimas indiretas, que são aquelas que testemunham atos de violência ou abusos e sofrem as consequências desse conhecimento, o que é muito comum nas práticas de crimes sexuais, sobretudo, na condição de crimes acometidos por conhecidos ou familiares.

Hirigoyen (2003) mostra como a violência moral nasce de um pretexto inofensivo e propaga-se de forma silenciosa, camuflada. Nesses casos, a vítima evita o conflito, mas o agressor inicia a violência de forma gradativa, escalonada, com pequenos gestos e toques indiretos até chegar à ofensa mais direta, em que submete a vítima a uma cumplicidade, a partir do momento em que ela é colocada em condição de inferioridade, submetida a manobras hostis e degradantes.

Por fim, para não deixar de falar da vitimização por parte das instituições repressivas pelas quais as vítimas de estupro são recebidas, Paes-Machado e Noronha (2002) revelam como a violência policial contra os indivíduos é uma realidade rotineira, em quase todas as sociedades modernas, complexas. De certa forma, as práticas sociais revelam como as polícias enfraquecem os mecanismos de controle social, quando não mantêm sigilo nas instruções criminais, expondo as vítimas diante do aviltamento.

2.2 As relações de desigualdade nos litígios dos tribunais a partir das provas

O debate da legislação é o reflexo das mudanças sociais, caracterizando novas reformulações do tipo penal. O processo de mudanças, que revela as transformações políticas, econômicas, culturais e sociais que configuram o debate tanto na sociologia, quanto na ciência política, é marcado pelo contexto da modernidade. O inventário sociológico a esse respeito é vasto, extenso e está envolvido por concepções que discutem o processo de mudança social a partir da idéia de progresso (BOCK, 1980), da estrutura social (BOTTOMORE, 1977) e das revoluções (MARX, 1982; ELSTER, 1989; TILLY, 1993), como ideário mais geral na percepção de mudanças. Nesse particular, o trabalho prefere defender um debate mais próximo ao objeto de estudo, pensando a questão a partir das teorias cíclicas de Pareto (1966), considerando as especificidades da sociedade brasileira.

O Brasil, ao longo de sua história política, passou por ciclos de equilíbrio e desequilíbrio, provocando o que o autor denomina “princípios de heterogeneidade”, ou seja, uma considerável circulação e substituição de elites políticas e econômicas marcando seu processo de mudança social de forma escalonada, sem muitas rupturas e fragmentação. A idéia de um progresso substancial é vista com certa parcimônia, na medida em que o modelo de democracia burguesa, assentado no ideário liberal, não caracterizou uma mudança avultada. Os tribunais poderiam se caracterizar por uma elite político-jurídica, a partir de seu domínio legal, que se estabeleceu, até um determinado momento, sem mudanças substanciais; mantida num encapsulamento político, mas dotada de autoridade legal. Somente a partir de 1988 é que a judicialização da política e das relações sociais começa a conferir uma centralidade aos tribunais na difícil tarefa de consolidação da democracia brasileira (VIANNA et all, 1997).

Segundo Machado (1995), é possível observar os limites da fragilidade democrática no Brasil, mas, sobretudo a partir da década de 1960, o país se mobilizou por um tipo de cidadania particular, caracterizada por seletiva. A estagnação econômica e a desesperança na mobilidade social, na década de 1970, limitaram ainda mais os recursos de uma cidadania integral, desencadeando uma intensificação da exclusão seletiva e estabelecendo uma nova dinâmica na vida social. No bojo dessa discussão pode-se incorporar o debate provocado por Santos (1985), ao criar o conceito de cidadania regulada, que dimensiona a segregação de segmentos da sociedade, restringindo o alcance das conquistas formais do processo de institucionalização dos direitos.

Essas mudanças, embora reflitam mudanças de novas concepções e sensibilidades, não deixam de ajustar resquícios morais, como elementos dinamizadores nas práticas jurídicas e nos seus decisórios, na instrumentalização das sentenças. O escalonamento do crime e as características gerais do processo penal brasileiro para o crime de estupro contra crianças e adolescentes marcam uma etapa de intenso debate, não só na teoria sociológica e política, mas no universo doutrinário do direito. A dinâmica que estabelece o processo de criminalização está fundamentada nas evidências, na materialidade do fato ocorrido (mesmo que esse não se caracterize, necessariamente, por elementos materiais), a partir das provas para sustentar a penalização e, dessa forma, explicar a disparidade das penas.

Sem dúvida, não se pode deixar de considerar os elementos que estão implicados no processo de escalonamento do crime. De fato, a abertura das várias formas do delito tem a ver com a transferência da regra moral para a lei positiva, ou seja, a *criminalização* da conduta. Da mesma forma, o processo de construção social do evento, enquanto um tipo penal, caracteriza a *criminação* para, posteriormente, consolidar o processo de *incriminação*, definindo um perfil, um tipo social para enquadrar-se como sujeito do crime. Essas seriam, segundo Misse (1999), formas de construir o processo de incriminação. Portanto, esse ajuste no enquadramento dos comportamentos delituosos é um elemento fulcral na dinâmica social, pois revela práticas discriminatórias e desiguais, contraditórias ao processo de consolidação da democracia pelos tribunais e reflete a disparidade na aplicação das penas.

O debate diante das provas é elemento central no reconhecimento da desigualdade dos tribunais para o estupro e na particularidade de sua criminalização (claro que se sabe que esse processo envolve outros elementos de desigualdade, que não necessariamente as provas). Segundo operadores do sistema penal, uma das dificuldades na investigação dos crimes sexuais é a materialidade da prova. De modo geral, a violência sexual é praticada num universo extremamente controverso, cheio de nuances nebulosas, pelo caráter abstruso e, por vezes, sem testemunha presencial. Além disso, não evidencia, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – passível de apreciação pela perícia médica. Isso, sem dúvida, silencia o fenômeno e torna-se um facilitador para o agressor, implicando na dificuldade de julgar e nas frequentes ambiguidades dos processos.

O histórico do estupro revela a incorporação de vários elementos, em razão dessa dificuldade material com as provas. Assim, Vigarello (1998) destaca que, no Antigo Regime da França, a justiça escolhia sinais caracterizados por gritos, queixas, roupas rasgadas, relatos de vizinhos, testemunhas, apelos audíveis..., ou seja, provas materiais compostas pelo momento do crime. No Brasil Colônia, a prova também se condicionava pela exposição sistemática da vítima. Esta tinha que anunciar aos berros o ato criminoso ao qual estava sendo submetida. Na hora do crime tinha que gritar, declarar o nome, chorar e procurar alguém no caminho, de modo a garantir um testemunho e não entrar em nenhum domicílio, somente em casa de justiça; descumprindo qualquer desses procedimentos, sua queixa seria invalidada (PIERANGELI, 1980; GOLDSCHMIDT, 1998).

É claro que os elementos comprobatórios envolvem o desenvolvimento científico, através da instrumentalização de saberes para balizar as referências jurídicas. A inserção dos exames, o conhecimento do corpo (existência do hímem) e da mente (a partir do campo disciplinar da psicologia) começaram a ser usados para explicar, de forma mais sistemática, as evidências do fato. A opinião dos peritos e dos médicos ganhou relevância determinante nesse processo. Outros sintomas passaram a constituir evidências, como dificuldade para andar, sentar, muitas das vezes somente possível de serem percebidos pelo universo familiar (VIGARELLO, 1998). Dessa forma, a delegação das constatações por outros (médicos, peritos e família) poderia favorecer ou não, dependendo das implicações em jogo.

Contudo, segundo Silva (1994), a prova concerne na “demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que defende ou que contesta” (p. 491). A palavra da vítima ganha destaque nos processos como chave-mestra na constatação do crime. Entretanto, o valor dessa palavra está carregado de sujeição criminal, ou seja, a rotulação de suspeita ou incriminadora para determinados tipos sociais (MISSE, 1999). Esses tipos sociais são incriminados, estigmatizados, no que tange a sua categorização social: gênero, raça, escolaridade, classe social, ocupação profissional etc. Assim, o valor da palavra está condicionado à qualidade social da pessoa.

A definição das provas para crianças é ainda mais difícil, pois o rigor da arquitetura jurídica é extremamente adversa ao universo infanto-juvenil, o que implica em limites mais substanciais na reconstrução do fato. E no tocante a esses crimes, no dizer de Cezar (2007), o **depoimento da vítima em juízo é de extremo valor**¹⁹, dadas as dificuldades dos meios forenses em produzir as provas. Atualmente, nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Goiânia, e em fase de implantação no Acre e no Rio Grande do Norte, estão sendo realizadas experiências de Depoimento sem Dano²⁰, na

¹⁹ Grifo meu.

²⁰ Em que pese os depoimentos produzidos mediados por uma equipe multidisciplinar de assistentes sociais, psicólogos e pedagogos, em salas especializadas, de modo que as vítimas sintam-se mais à vontade e não sofram com a revitimização ao serem inquiridas por diversos agentes, com aspectos muitas vezes formais, com termos legais que a criança nem conhece, de modo que esta acaba negando absolutamente as agressões sofridas pelo medo do aparato jurídico-legal que um processo infringe nesses sujeitos.

tentativa de amenizar o sofrimento de crianças e adolescentes diante de um processo judicial.

Sem dúvida, é um questionamento de uma abordagem judicial, verificada a precariedade da forma como os depoimentos estão sendo apresentados para esses crimes. Os meios forenses, a partir do dispositivo art. 158 da legislação processual penal, elencam diversos instrumentos de provas que podem ser utilizadas para aferição de um delito desse porte. Contudo, estes não parecem suficientes, na medida em que ainda estão focados na materialidade. Mesmo avançando nas técnicas científicas, sobretudo para investigar os crimes do art. 213, esses instrumentos não incluem elementos que captem a violência psicológica que o agressor pode perpetrar na criança e no adolescente.

Segundo Rodrigues (2005), eis alguns exemplos na constatação do ilícito: (i) presença de sinais que atestem a prática de conjunção carnal ou atos libidinosos - rompimento do hímen, mesmo considerando o hímen complacente, embora para consumação do estupro, não se exija a emulsão da copulativa do sêmem; indícios de esperma na cavidade vaginal; lesões na mucosa vulvar; corrimento e sangramento genital; lesões anais; não continência voluntária das fezes, etc.; (ii) a presença de incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida; (iii) debilidade, perda ou inutilidade permanente de membro, sentido ou função; (iv) incapacidade para o trabalho; (v) enfermidade incurável; (vi) deformação permanente; (vii) aborto. Outros exemplos são: a subsistência de elementos que atestam o uso da violência, apresentando lesões físicas em partes do corpo, escoriações; e o meio empregado, contágio de doenças venéreas, gravidez.

Esses exemplos merecem uma consideração à parte que é a singularidade do crime de estupro, como apresentada por Vargas (1999):

Esta orientação parte do pressuposto de que os procedimentos e decisões tomados no Sistema de Justiça Criminal são ancorados, sobretudo, em processos de rotulação e estereotipagem (Becker, 1963; Goffman, 1982), bem como em tipificações acordadas entre todos os envolvidos (Cicourel, 1968; Paixão, 1982). [...] Ao verificar como os dados foram construídos, somos informados sobre como crimes e criminosos são produzidos (Cicourel, 1968).

A partir dessa perspectiva duas questões se colocam, pois a autora está chamando a atenção para a relação entre os protagonistas desse tipo de crime e para o

fluxo do Sistema de Justiça Criminal. Não se pode deixar de problematizar a postura de certos operadores do direito que reagem com uma prática discriminatória aos protagonistas dos chamados grupos de risco (prostitutas, homossexuais, meninas moradoras de rua, mulheres “desonradas” etc.). Da mesma forma, o relacionamento entre agressor e vítima condiciona uma menor ou maior penalização do crime de estupro. Segundo essa pesquisadora (op.cit.), nos dados levantados ao longo dos anos de 1993 e 1994, na cidade de Campinas (SP),

foi possível demonstrar que, a partir da fase de inquérito, os suspeitos conhecidos, principalmente familiares — e, destes, sobretudo os pais —, são os mais culpabilizados pelo sistema. Também indiquei que os autores desconhecidos parecem só ser penalizados quando cometem estupros considerados graves, geralmente em série. (p. 208).

Retomando a questão do Depoimento sem Dano, vale registrar o debate entre os espaços políticos-profissionais (Conselhos Profissionais, particularmente o de Psicologia e o de Assistência Social), uma vez que ele é considerado polêmico, no que diz respeito às proposições legislativas que reportam ao PL nº 7.524/2006. A proposta de alteração do Código de Processo Penal foi protocolada na Câmara dos Deputados, apresentando o Depoimento Sem Dano, para inquirição de crianças e adolescentes enquanto testemunhas de crime.

A sistemática permite a realização de audiência, simultaneamente, em duas salas interligadas por equipamentos de som e imagem. Em recinto reservado, a vítima presta depoimento a uma psicóloga ou assistente social. Na sala de audiências ficam juiz, promotor, advogado e partes. O magistrado faz as inquirições por intermédio do profissional que se encontra com a vítima que, dessa forma, não se expõe às outras pessoas. Simultaneamente, é efetivada a gravação de som e imagem em CD, que é anexado aos autos do processo judicial.

Embora essa experiência esteja sendo realizada em alguns países (França, Argentina, Espanha), ainda sofre críticas severas aos seus princípios, principalmente por parte dos profissionais que compõem o quadro do sistema jurídico, como os assistentes sociais e psicólogos. Isso ocorre porque a relação entre esses profissionais e as crianças e adolescentes, a partir dessa dimensão legal, passa a ser estabelecida não mais como a relação de paciente, e sim a partir de uma relação jurídica. Há, nesse sentido, uma inversão ou apropriação das técnicas laborais desses campos disciplinares pelos magistrados. Na verdade, esses profissionais alegam perder sua autonomia no domínio

de suas ações profissionais, em razão de se limitarem a serem tradutores das orientações dos juízes.

Esse PL do Depoimento Sem Dano, inicialmente, projetou-se a partir do questionamento de uma abordagem judicial, verificada a precariedade da forma como os depoimentos estão sendo apresentados para esses crimes. Contudo, o grande problema que se coloca na discussão desse PL é transformar a criança e o adolescente em testemunha, o que é contrário ao seu direito de se expressar, porque ele não protege a criança. A proposta do PL dedica uma seção inteira ao ECA, alterando sua lógica de proteção integral, uma vez que todo o ordenamento precisa ser reformulado. Segundo alguns especialistas contrários ao PL, a criança pode ficar desprotegida ao se autorizar que ela seja colocada como testemunha em juízo. É um instrumento que coloca os fins à frente dos meios, buscando a celeridade dos processos judiciais. O projeto iniciou-se na Vara Especializada da Infância e Juventude, no Rio Grande do Sul, para os processos específicos de violência sexual, o que parece plausível, uma vez que esse tipo de crime incorre em não necessariamente haver materialidade de provas. O depoimento da vítima torna-se imprescindível, pois é o único instrumento processual que comunica o delito. Contudo, a sua efetiva experimentação alimentou uma projeção na inquirição de crianças e adolescentes para produção de provas para todo e qualquer tipo de crime, tornando o projeto mais complexo e passível de observações doutrinárias mais contundentes, de modo, inclusive, a manter a proteção integral dos sujeitos de direitos: crianças e adolescentes.

Essa é uma preocupação, em tempos de celeridade processual nos tribunais brasileiros, movida pela Meta 2²¹ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, em parte, merece louvor em proceder na promoção da *Campanha Bater Recordes é Garantir Direitos*, numa ofensiva condução à moralização do Judiciário Brasileiro. Contudo, resgatando Santos (2007):

[...] as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podem ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã. Ao contrário, com a revolução democrática da justiça a luta não será apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas também pela responsabilidade social (qualidade da justiça). (p. 44)

²¹ Idem nota nº 16

A preocupação segue o curso da prática judiciária atualmente em vigor. Os processos de crimes sexuais são vistos como processos complexos, demasiadamente difíceis de serem julgados pelas implicações cabais da materialidade da prova. Embora tenham havido recentes mudanças na legislação, como o recrudescimento da lei penal que atribui ao art. 213 do Código penal o rol sinistro dos crimes hediondos (art. 1º, incisos V e VI da lei 8072/90), estas não parecem alcançar o âmago da questão em relação aos crimes sexuais, que se assenta na discussão doutrinária e jurisprudencial das provas, no testemunho, na produção da verdade jurídica e, sobretudo, nas veias vitais da moralidade do corpo jurídico. A análise dessas dificuldades aponta para outra direção; não é a lei que dificulta a responsabilização desses crimes.

As soluções para os problemas sociais, para os quais as políticas públicas se orientam, partem, sem dúvida, de uma questão real, colocada pela vida cotidiana. A questão central é o diagnóstico que se estabelece de forma simples e pormenorizada de questões extremamente complexas, que não encontram respaldo em soluções fáceis. Na concepção defendida por Adorno (1998), é preciso considerar que existam variados significados da lei e dos direitos para os diferentes grupos sociais. No âmbito dos aparelhos penais, não se percebem com clareza princípios éticos e morais, fundados na convivência política pacífica. Assim sendo, a otimização das instituições alimenta todos esses perigos para a democracia. É complicado porque se reconhece um Estado extremamente desigual, que não responde com equidade os direitos individuais, o que acaba comprometendo a cidadania e os direitos humanos. As questões trazem uma complexidade passível de potente debate e discussão.

A questão das provas no crime de estupro revela uma tendência na focalização da violência física, o que é contraditório para o advento de uma modernização nas mentalidades e sensibilidades.

2.3 Histórico progresso do estupro na legislação – Ordenações portuguesas, Código de 1830 e Código de 1890.

Como apontado no capítulo anterior, a origem do sistema normativo penal brasileiro foi orientada pelo Direito Português, através das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Felipinas. Essas leis estavam assentadas no Direito Canônico, onde o bem

jurídico se focalizava na honra. Esse *status* de proteção estabelecia uma regulação penal subsidiária à Justiça Eclesiástica, com atribuições da operação penal dos procedimentos jurídicos de adjudicação ao Santo Ofício da Inquisição (NOVINSKY, 1984). As leis portuguesas não estabeleceram, de fato, uma segurança e uma proteção jurídica ao bem jurídico, mas se aproximavam de uma tentativa de regulação da ordem moral da vida na comunidade colonial. Nesse sentido, a concepção de um controle dos comportamentos sexuais, sobretudo, da sexualidade feminina, para manutenção da moralidade pública, não se circunscreve ao Código de 1940, conforme destaca Rodrigues (2007), mas é uma tradição ibérica que se revelou nas Ordenações portuguesas e que, posteriormente, nos subsequentes Códigos brasileiros, foi sendo incorporada, com mais ou menos destaque. Dessa forma, as Ordenações portuguesas, nesse particular, não tiveram o alcance de uma proteção integral da lei às práticas delituosas e, assim, paliavam o tratamento do crime e do criminoso.

Outra questão interessante na hierarquização e escalonamento do crime, prevista nas Ordenações, foi a distinção entre rapto e estupro, tal qual o direito francês do Antigo Regime, que estabelecia essa diferença. A caracterização da saída de casa dos pais ou “tomar estado” de moças e mulheres na Colônia se estabelecia de duas formas: pelo casamento ou pelo convento. Portanto, quaisquer outras formas (fugir com amante, namorado, fugir para casa de alguém etc.) caracterizavam um comportamento delituoso para quem acolhia ou acobertasse esse movimento. O rapto podia ser realizado através do consentimento da vítima, caracterizando a sedução. E o estupro era sua saída contra sua vontade, realizado através de violência. É claro que enquadrar os delitos em uma ou outra forma era tarefa arduosa, que envolvia um esforço por parte dos tribunais na adjudicação.

Nem sempre foi fácil determinar o tipo de rapto (GOLDSCHMIDT, 1998). Esse universo favorecia demasiadas especulações e moralizações, sobretudo contra a vítima, sendo possível pensar na gênese da dificuldade dos tribunais em estabelecer uma postura mais pragmática nos decisórios jurídicos, mais distante das prerrogativas discriminatórias. Vigarello (1998) aponta a limitação por parte dos juízes na ofensa no rapto e no gesto da penetração. O rapto não é objeto desse estudo, mas está colocado aqui como composição de um universo de possibilidades de enquadramento do comportamento delituoso com aproximações estreitas com o estupro, implicando na sua

apropriação por parte dos tribunais, em alguns casos. É a querela do estupro transformada em querela de sedução.

A legislação que substituiu esse ordenamento do direito português na Colônia foi o Código Criminal de 1830, que passou a vigorar em 08 de janeiro de 1831. Nessa regulação penal, o estupro estava previsto em lei no Título II – Dos Crimes contra a Segurança Individual, no Capítulo II – Dos Crimes contra a Segurança da Honra – Seção I – *Estupro*.

Embora nesse estatuto penal a palavra estupro estivesse colocada no *caput* de seu capítulo, na tipificação penal em seu art. 222²² – *Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta*, a palavra estupro foi substituída pelo termo *copula carnal*. O Código hierarquizou o crime de estupro para mulheres e crianças, dando outra tipificação diferenciada na ocorrência do comportamento delituoso para jovens menores de 17 anos, em seu art. 219 – *Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos*; nesse caso, também havia referência ao estupro, mas com o termo *deflorar*. O termo estupro foi observado apenas nas demais tipificações, caracterizando a gravidade e o escalonamento do crime.

O bem jurídico protegido está assentado na honestidade, revelando a moralidade na tipificação e marcando imperativamente a desigualdade no ordenamento legal, uma vez que considera a insuficiência de um fundamento para distinção entre pessoas honestas e outras. Essa construção do tipo penal configura de forma institucional o insulto à isonomia entre pessoas. Segundo Souza (2005), o tipo penal assentado na palavra *honesto* configura um tipo penal aberto, considerando a exegese desse elemento normativo. A implicação desse procedimento doutrinário exige um juízo de valoração do juiz, que poderíamos marcar com um elemento fulcral da tradição dos tribunais brasileiros, implicando nas disparidades das penas. Mesmo destacando que a compreensão do termo *mulher honesta* está assentada numa condição de vida de acordo com os princípios morais da sociedade em que vive, não parece suficiente para elencar a normativa. A fragilidade do argumento revela, na verdade, uma exclusão de mulheres que conhecem o sexo, esse objeto de devassidão.

Uma questão interessante na hierarquização e escalonamento do crime, no Código de 1830, é a distinção do rapto e estupro, herança das Ordenações portuguesas,

²² A redação dos artigos está obedecendo à forma da escrita da época.

que também estabeleciam, como vimos, essa diferença. O tipo penal não é muito claro, em seu art. 226 - *Tirar para fim libidinoso, por violencia, qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver*. A distinção passa por mais uma forma de deixar implícito o comportamento delituoso. Assim, dependendo da forma como se interpreta a ocorrência dos fatos, o crime pode ser enquadrado de diferente forma, amenizando-o, uma vez que, para o crime de rapto, a penalização era menor. Retoma-se, assim, a questão das prioridades relativas ao crime, caracterizando-se pela persuasão, sedução e pelo ataque, através da coação. Para crianças, essa correspondência significou uma nova sensibilidade, na medida em que se passou a considerar a gravidade da persuasão do universo infantil na violência sexual.

Contudo é necessário demarcar que, embora os textos legais apresentem essas normatizações, há uma distância entre a teoria e os fatos, mantendo-se certa tradição nas mentalidades dos operadores do direito. A honra, o bem jurídico protegido, está associada também à família: o pai ou marido ofendido. Dessa forma, a individualização do dano ainda passa por um longo caminho a ser construído.

O advento da República implicou no imperativo de uma nova regulação penal. Dessa forma, o Código de 1830 foi substituído pelo Código de 1890. O novo Código intitulado “Código Penal dos Estados Unidos do Brazil”, impetrado pelo Decreto nº 846, de 11 de outubro de 1890, passa a vigorar com novas referências jurídicas e com mudanças significativas, mas não estruturais. O Título VIII – *Dos Crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*, incorpora a proteção da honra e do pudor e seu Capítulo I – *Da violência carnal* modifica o termo, revelando a focalização da agressão física.

O Código de 1890 é bem mais categórico na sua exposição sobre a conduta criminal em seu art. 268 – *Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta*. Inclui, inclusive, um tipo penal, uma normativa explicando literalmente a caracterização da conduta. Art. 269: “Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos”. Pierangelli (1980) destaca que esse pode ser definido como o momento histórico que consagrou a denominação do estupro, como

relação mediante violência ou grave ameaça à vítima, embora o espectro do comportamento delituoso já estivesse previsto nos ordenamentos anteriores.

A questão da honestidade persiste como elemento de fundamento moral e discriminatório, negligenciando a significância mínima da liberdade da mulher. Os direitos civis da tutela feminina foram bem tardios no Brasil, se consolidando a partir de 1932²³, contudo, a cobertura da tutela feminina na tradição brasileira foi mais progressista na vida pública, pois, na esfera privada, não correspondeu as suas conquistas na lei. Mesmo com o advento da República, o conservadorismo prevaleceu como herança do período colonial. O argumento da liberdade individual não tinha o destaque que era característico da tradição anglo-saxônica e insistia na hierarquia sobre a igualdade (CARVALHO, 2008), sobretudo para condição feminina.

A distinção do rapto e do estupro também se mantém no Código de 1890, em seu Art. 270: “Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genésicos”. Um dado interessante é revelado pelo retrocesso em relação ao Código de 1830, que é essa tipificação de rapto. No Código anterior, o alcance da lei não restringia o espaço do delito, quando definia *qualquer mulher da casa, ou lugar em que estiver*. Já o Código de 1890, ao afirmar *tirar do lar domestico*, restringe o delito à retirada de ambiente doméstico. Sem dúvida, a restrição do delito ao espaço interno, configura uma percepção moral atribuída à condição feminina, que condiciona sua conduta honesta a uma vida recatada, em detrimento de um aviltamento para as mulheres encontradas em espaço público.

Há de se considerar também os fatores externos na configuração do novo Código, incorporando novos crimes que ainda estavam contemplados por leis dispersas, no sistema criminal. Nesse particular, destaca-se a abolição da escravatura e o incômodo por parte da elite nacional com a precariedade da vida pública, na sua composição moral dos costumes, com a classe dos indesejáveis. A ociosidade da vida pública da massa desqualificada: idosos, capoeiras, escravos libertos, prostitutas, vadios, infantes órfãos etc. caracterizava uma ameaça à segurança pública e privada. É um movimento que intensifica a necessidade do Estado no processo de moralização da sexualidade dos indivíduos. Também endossando essa orientação política na regulação dos

²³ Os direitos civis da tutela feminina só foram garantidos a partir de 1932, o direito a voto.

comportamentos destaca-se, primeiramente a mentalidade construída, no final do século XIX, no Brasil, voltada para educação de novos hábitos comportamentais. O discurso eugenista também imprimiu influência no ordenamento legal e nas práticas jurídicas marcando as preocupações nacionais no que tange à saúde, à higiene e à situação racial da população. Os argumentos, como a questão do alcoolismo, a miserabilidade e a penúria, a senilidade, a promiscuidade das casas, a necessidade do gozo e do prazer, revelavam a predisposição ao crime e se cristalizavam numa relação causal.

2. 4 A legislação antiga – Código de 1940

O Código Penal Brasileiro (CP), impetrado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, entrou em vigor somente em 01 de janeiro de 1942, substituindo o Código de 1890, no bojo de um movimento reformista desde a criação do Código anterior, que sofreu muitas alterações e aditamentos posteriores a sua criação. Esse movimento acabou fomentando a criação de um Código de 1940 (PIERANGELLI, 1980).

Como tradição brasileira dos ordenamentos penais, o Código de 1940 sofreu muitas mudanças ao longo de seus 71 anos de existência, e atualmente já está bastante transfigurado. É um tempo longo, considerando uma acelerada conjuntura de mudanças sociais. A legislação do estupro ora em vigência está expressa no art. 213 do Código Penal Brasileiro com suas devidas reformulações a partir da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que caracterizou a nova lei do estupro. Contudo, durante o tempo dessa pesquisa, a mudança em curso implicou alguns ajustes metodológicos em razão do alcance dos processos selecionados, limitados até o ano de 2008.

Nesse sentido, por considerar que nesse período de tempo os processos analisados não estão assentados ao alcance da nova lei, o debate vai se dirigir mais especificamente à lei anterior, expressa no art. 213 do CP – que será categorizada aqui como *lei antiga*, pois essa foi objeto de análise nas sentenças, em detrimento da *lei nova*. Enquanto debate em jogo, a nova lei foi também incorporada ao debate, mas apenas para caracterizar o processo de mudança na normativa. Considera-se, então, para efeito deste estudo, essa especificidade para salvaguardar os institutos preservados na

definição metodológica. O estupro corresponde a um tipo penal expresso no Art. 213 do Código Penal da lei antiga. A ver:

Quadro 1 – Legislação envolvida no estudo

Legislação envolvida	Artigos selecionados na pesquisa	Tipificações da conduta e Alterações legais
Art. 213/CP Art. 223/CP Art.224/CP Lei nº 8069, de 1990. Lei nº 8072, de 1990. Lei nº 8930, de 1994.	Art. 213	<p><i>Estupro</i></p> <p>Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.</p> <p>Parágrafo Único: Se a ofendida é menor de 14 (catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 8069, de 1990).</p> <p>Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 8069, de 1990)</p> <p>(Revogada pela Lei nº 9281, de 1996)</p> <p>Pena – reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos.</p> <p>Pena: – reclusão de 6 (seis) a 10 (anos). (Redação dada pela Lei nº 8072, de 1990)</p> <p><i>Formas Qualificadas</i></p> <p>Art. 223 – Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave.</p> <p>Pena – reclusão 4 (quatro) a 12 (doze) anos.</p> <p>Pena – reclusão 8 (oito) a 12 (doze) anos.</p> <p>Parágrafo Único – Se do fato resultar em morte.</p> <p>Pena – reclusão 8 (oito) a 20 (vinte) anos</p> <p>Pena – reclusão 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.</p> <p><i>Presunção de violência</i></p> <p>Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Não é maior de 14 (catorze) anos; b) É alienada ou débil mental e o agente conhecia a circunstância;

		<p>c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.</p> <p><i>Estatuto da Criança e do Adolescente</i></p> <p>Art. 263. O Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>Art. 213.....</p> <p><u>Parágrafo único.</u> Se a ofendida é menor de catorze anos:</p> <p>Pena - reclusão de quatro a dez anos.</p> <p><i>Crime Hediondo</i></p> <p>Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), <i>estupro</i> (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. (Alterada redação pela lei n.º 8930, de 1994)</p> <p>Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: <u>(Redação dada pela Lei n.º 8.930, de 6.9.1994)</u></p> <p>V - <i>estupro</i> (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); <u>(Inciso incluído pela Lei n.º 8.930, de 6.9.1994).</u></p> <p>Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.</p>
--	--	---

O tipo penal caracterizado pelo estupro faz parte do Título VI Dos Crimes contra os Costumes, identificado pelo Cap. I Dos Crimes contra a Liberdade Sexual do Código Penal/1940. A tutela jurídica designada pelos crimes contra os costumes, especificamente do art. 213, tem reformulações normativas, envolvendo os artigos 223 (nas formas qualificadas) e 224 (presunção da violência) no Código Penal; a Lei nº 8069, de 1990, qualificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), incorporando, então, a especificidade dessas vítimas, as menores de 14 (catorze anos) na gravidade dos fatos, é, posteriormente, revogada pela Lei nº 9281, de 1996, que retira o Parágrafo Único e conseqüentemente a pena de 4 a 10 anos, mantendo a pena de 3 a 8 anos. As reformulações do art. 213 ainda envolvem a Lei nº 8072, de 1990, caracterizada pela lei de crimes hediondos, que é incorporada à lei do estupro (art. 213 CP/40, caput), admitindo a hediondez para esse delito, coadunado com o art. 223/CP (caput e parágrafo único), que fala das formas qualificadas do crime e tem sua redação alterada pela Lei nº 8930, de 1994, na classificação dos crimes hediondos, que altera apenas a forma da norma.

A lei antiga do estupro é intitulada no Código Penal de 1940 e só veio sofrer alterações cinquenta anos depois, a partir de 1990, com as reformulações do ECA e da lei de crimes hediondos. Portanto, destaca-se que o crime hediondo está associado às formas qualificadas a partir de 1990. Até essa data, o crime de estupro mantém sua tipificação criminal original, dada pelo texto de 1940. O ECA por configurar um estatuto que tem uma particularidade nesse estudo, uma vez que o objeto volta-se para os crimes de estupro contra crianças e adolescentes, merece uma discussão mais aprofundada, enquanto um marco histórico, por isso será abordado num subcapítulo à parte. É crível discutir então, particularmente, a incorporação do estupro no estatuto da hediondez e a presunção da violência.

O Código de 1940 não mais condiciona a proteção da honestidade (somente no art. 219, relativo ao crime de rapto) como nos ordenamentos anteriores. Em razão da acentuada hierarquização do crime, o estupro ficou cristalizado na sua conduta delituosa, desassociando-se definitivamente do rapto. Esse tipo penal (rapto) não sai de cena definitivamente, com a revogação total do Capítulo III, que o inscreveu, através da Lei nº 11.106, de 2005. Ele se insere através do art. 231-A que se refere ao tráfico interno de pessoas e, posteriormente, com a Lei nº 12.015, de 2005, se referindo ao

tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual. É o ordenamento na tentativa de se aproximar das práticas cotidianas, mesmo que remançamente. O novo ordenamento tentou elencar rigorosamente as práticas delituosas, tipificando-as criminalmente, através de seu extensivo escalonamento da violência sexual²⁴. Dessa forma, o escalonamento do crime torna-se cada vez mais extenso, estabelecendo uma mudança profunda na visão do crime.

A literatura sociocriminológica (LEMAN-LANGROIS, 2007) também revelou essa tendência com uma interpretação teórica sobre o crime nas sociedades contemporâneas. Para efeitos de estudos da sociologia criminal, sua maior sistematização vai se configurar a partir do final do século XIX, com os trabalhos de Lacassagne (1986), atribuindo a causalidade dos crimes ao meio social; Tarde (1843-1904) defende uma teoria do crime a partir do princípio da imitação dos comportamentos humanos; e Durkheim compreende o crime como um fato social, dotado de uma normalidade e funcionalidade para a regulação social. Posteriormente, a concepção sociológica de anomia, que se refere à "ausência de normas", ganha outras interlocuções teóricas como Merton, Cloward, Ohlin, Parsons, Dubin e Opp, consubstanciados aos estudos desenvolvidos por Durkheim. Há, portanto, alguns pesquisadores que buscam a explicação a partir da perspectiva do plano macrosociológico, tentando explicar os fenômenos e procurando os fatores mais ou menos numerosos que orientam "as causas".

Contudo, para compreensão desse debate, optamos por pesquisadores mais próximos ao paradigma weberiano de análise, que visam compreender os fenômenos variados através da exposição do ponto de vista dos atores e de seus processos de decisão específicos, a partir de um plano micro do crime e do criminoso. A teoria do controle (HIRSCHI, 1969) se ajusta à especificação dos crimes sexuais, em particular ao estupro, como resultado das condições situacionais no comportamento criminoso. Mais adiante vamos aprofundar essa discussão.

É importante salientar, mais uma vez, que a questão do termo também merece destaque. O núcleo do verbo do tipo penal é *constranger*; logo, as considerações axiológicas do termo estão centradas na violência do ato, ou seja, no dissenso da vítima. Os juristas (JESUS, 1999; MIRABETE, 2000; DELMANTO, 2002) são unânimes na

²⁴ Incorpora os artigos penais do Capítulo I, do Título VI (art. 214, 215, 216, 216-A); nos artigos do capítulo II (art. 217, 217-A, 218, 218-A, 218-B), no Capítulo V (art. 227, 228, 229, 230, 231, 231-A) e no capítulo VI (art. 233 e 234)

compreensão da interpretação fiel da lei, o que restringe o ato à mulher, uma vez que o tipo está definido, e a descaracterização do crime, em caso de negativa tímida. Nesse sentido, o Código exige um comportamento audacioso por parte da vítima, na medida do possível, sua exposição deve caracterizar um não consentimento.

Outra questão importante no Código de 1940 é a incorporação das formas qualificadas do crime (lesão corporal grave ou morte). O código de 1830 apenas definia a gravidade do crime no caso da ascendência jurídica (se o agressor fosse pai, padrasto, representante legal, ou pessoa da família) e o arrefecimento da prostituta. No Código de 1830, a presunção da violência não existe, pois a gravidade do fato está coberta pela definição do tipo penal (*...se for menor de...*).

A gravidade do fato, então, conduz ao imperativo de um elemento material para comprovar o evento criminoso. Fato relevante é a observância de que, em se tratando de crimes que em sua maioria não deixam vestígios, o sucesso da perícia é *sine qua non*, no sentido de atestar a veracidade do fato criminoso em complemento à narrativa da vítima ou testemunhas. Para isso, depende da manutenção íntegra do chamado corpo de delito, ou seja, examinar o alvo do crime. Na verdade, é muito comum que tais vestígios sumam com condutas impróprias da vítima e dos familiares, como, por exemplo, submeter à vítima ao banho, trocar as vestes, e etc. Tais atitudes alteram a condução da persecução criminal e podem estimular a impunidade. Essa questão assenta os principais argumentos dos juízes na manifestação da veracidade do crime, embora os tribunais reconheçam que a **palavra** da vítima é a viga mestra, segundo Delmanto (1991), da estrutura probatória, uma vez que o estupro não garante testemunho e vestígios materiais. Contudo, mais uma vez, os precedentes jurídicos são aquilatados à palavra da vítima, definindo que essa manifestação de acusação tem que estar assentada numa postura firme e segura, em correspondência com demais provas para possibilitar a condenação. Os elementos comprobatórios, ao exigirem uma postura firme e segura, desconsideram várias nuances que envolvem a revelação do crime por parte da vítima: o medo e desconhecimento dos termos aplicados nas práticas inquisitórias dos tribunais; o constrangimento na iniciativa jurídica; e a equiparação das funções legais de testemunha e reclamante, alienando-se de sua experiência com a ofensa (VILHENA; ZAMORA, 2004). Segundo Vilhena (2001), essas implicações equiparam o estupro ao seu anúncio, pois o depoimento leva a vítima a ressentir o ato ao descrevê-lo várias vezes, como destaca:

A exigência de que a vítima implique-se, retrospectivamente, na experiência. Para o tribunal, a vítima é a testemunha-chave de acusação: ao precisar dar provas do ato, é colocada como testemunha do mesmo. No entanto, ela está relatando a violação de sua própria condição de sujeito. Quando é chamada como testemunha de violação, o que lhe está sendo pedido é que ela repita esta experiência, o que não raramente gerará uma extrema angústia (p. 62-63).

Contudo, a principal questão aqui arrolada é a atribuição valorativa na aplicação da palavra à vítima, que envolve dinâmicas discriminatórias, dependendo dos perfis tanto da vítima, quanto do agressor.

2.5 Estupro enquanto um crime hediondo

Os crimes classificados pela Lei nº 8072, de 1990, classifica os delitos na norma, hierarquizando-os diante dos outros crimes do Código Penal. O instituto de hediondez revela a atrocidade do crime, sua gravidade e, nesse sentido, sua penalização é severa, pois não usufrui dos benefícios previstos na norma, como a afiançabilidade do crime, a anistia, a graça ou o indulto. É exigido que se cumpra integralmente a pena em regime fechado, concedendo a condicional somente após o cumprimento de dois terços da pena. Segundo alguns juristas, essa aplicação da pena tem implicações doutrinárias, uma vez que desconsidera a progressão da pena, um direito constitucional, garantido no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, essa exigência tem, portanto, sua constitucionalidade questionada. Contudo, o Supremo Tribunal Federal destituiu a leitura da inconstitucionalidade da lei diante da caracterização legal da hediondez, afirmando a severidade da conduta.

O alcance dessa lei para o tipo penal do estupro se classifica no produto produzido, condicionado o art. 213/CP com o art. 223/CP. Dessa forma, o estupro passa a ter uma hierarquização e escalonamento na sua própria conduta, classificada como estupro simples e estupro qualificado, o que provocou demasiados conflitos na adjudicação. Essa situação revela, de forma explícita, a fragilidade e os limites da produção legislativa, que negligencia, por vezes, a necessidade da precisão linguística, quase cirúrgica, na expressão da norma, sobretudo pelo assento da tradição jurídica da *civil law*, no Brasil, na qual se fundamenta o direito, na expressão da lei. Apesar de muitos entraves, inclusive, substanciados pelas alterações da Lei nº 8072, de 1990, dada

pela nova redação com a Lei nº 8930, de 1994, o Supremo Tribunal Federal, através das Súmulas (STF, HC 80.479 e STF, HC 81.288) admitiu, não por unanimidade, por 7 votos contra 4, a compreensão da unificação dessas formas (simples e qualificada), ao alcance da hediondez. Segue o resumo de um Acórdão que confirma essa compreensão:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir a ordem no *habeas corpus* com o qual se defrontou, assim resumiu as teses sufragadas (folha 31):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

Dessa forma, o estupro simples também se dimensiona na Lei nº 8072, de 1990, não sem, contudo, deixar de considerar o princípio da proporcionalidade, que permite a flexibilização do texto legal para adequá-lo às especificidades dos casos concretos, na adoção da razoabilidade nas decisões, uma vez que demasiadas condutas podem, com essa admissão do STF, serem alcançadas pela lei.

Do ponto de vista sociológico, é interessante observar que os juristas defendem o princípio de proporcionalidade, e até acusam a Lei nº 8072, de 1990, na observância de frequentes inconstitucionalidades em seu texto (FRANCO, 1994) nos crimes de estupro. A preocupação se dirige à severidade da lei com algumas condutas e à preservação do agressor. Há um esforço para atenuar e amenizar os comportamentos “abusivos”, uma vez que essa criminalização incide em penas severas, sem contemplação dos benefícios das atenuações. Em razão disso, a severidade da lei, ao invés de incorporar instrumentos legais às decisões jurídicas, revelam um movimento de afrouxamento ou inibição (por parte dos juízes) na aplicação da lei, pela complexidade do delito e sua materialidade (objeto incessantemente perseguido pelos tribunais no crime de estupro). Nesse caminho, o estatuto de hediondez da lei nº 8072, de 1990, está

erguido no produto produzido (na lesão corporal de natureza grave, bem como a morte) e não na prática e suas diversas formas de impetração da violência.

2.5.1 Estupro com presunção da violência

A presunção da violência está definida em lei, expressa no ordenamento. A ver:

Art. 224 – 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.

O crime de *estupro* (art. 213) assenta-se na categoria da presunção, ou seja, a suposição que se tem como verdadeira baseada em indícios de que o delito foi promovido com violência. Essa violência pode não se caracterizar por uma ação explícita de força, revelando lesões físicas concretas. Os tribunais, ao se convencerem de que, sob algumas condições, o estupro embute uma “violência moral”, revelam nova referência jurídica na prática do delito de estupro. Essa figura jurídica da presunção surge em 1832, no Código Penal francês, não claramente determinada numa expressão na lei, pela dificuldade de designação desse tipo de violência, preferem, então, o critério da idade (VIGARELLO, 1998). O autor revela que esse momento histórico é reconhecido como a primeira brutalidade invisível, onde a criança é objeto de novos crimes, considerando sua presumível ausência de consentimento e discernimento da ofensa contra ela produzida.

A violência moral passa a incorporar gestos, contatos corporais e práticas sexualizadas dirigidos à criança, até então negligenciados. Estende-se o campo da violência, observando uma violência não diretamente física num espectro negativo, diante da incapacidade do mundo infantil, isso torna o delito mais cruel, mais brutal. A impotência da vítima acentua a brutalidade do acusado. O debate envolve uma discussão entre a violência física e a violência moral. É importante destacar que a violência física não exige muito esforço dos juristas na sua definição, uma vez que a materialidade está colocada através das lesões físicas. A violência moral implica no

reconhecimento, por parte dos tribunais, da coação. Segundo as declarações do *Journal du Droit Criminel* (1872), na França:

É certo que a maioria dos atentados cometidos contra crianças, não são acompanhados de violência. E com isso, só são mais odiosos...Os senhores os cobrem com uma perfeita impunidade, se, nas manobras infames que seduzem a ignorância das crianças, não reconhecem também uma espécie de violência exercida contra o espírito destas...e contra a pureza de sua infância (VIGARELLO, 1998, p. 138).

Em recorrência de a conduta delituosa corresponder à instância da sexualidade humana, ainda sofria apreciações plurívocas na hermenêutica doutrinária e jurisprudencial, prevendo que a vítima de crimes dessa natureza podia envolver consentimento da prática delituosa na prática de atos sexuais, como, por exemplo, a categorização da criança libertina, imersa num cenário de devassidão, assentada nessa persistente aceção do consentimento. A nova imagem jurídica classifica a violência em real ou fictícia (normalmente denominamos presumida) estabelecendo julgamento da validade jurídica da conduta.

No Brasil, a presunção da violência só será instituída no Código de 1890, no seu artigo 272: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente sempre que a pessoa offendida for menor de 16 anos”. É interessante que a questão da idade revela um tipo de compreensão da percepção sobre o bem protegido, de acordo com a faixa etária. Percepções sobre a infância são retomadas, caracterizando então o agravante do crime. Contudo, a presunção da violência na doutrina excede o campo da idade.

Segundo Franco (2001), a discussão doutrinária envolvia duas interpretações da presunção da violência: a absoluta (*juris et de jure*) e a relativa (*juris tantum*). A primeira concebe que não pode haver consentimento para menor de 14 anos, considerando que, embora existam crianças e adolescentes com consciência sexual (*innocentia consiii*) precoce, para efeito universal, menores de 14 anos não possuem discernimento e desenvolvimento cognitivo e psicológico suficientes para responsabilização de seus atos. No Código Penal, no seu art. 224 (alíneas b e c), presume-se a violência também para incapaz mental, mas a presunção só é atribuída se o agente conhece essa circunstância. Isso implica numa presunção relativa, na medida em que, caso se prove que o autor não conhecia a debilidade mental da vítima, a presunção decai.

Há correntes mais conservadoras, mas que são minorias nos sistemas jurídicos, que entendem que não se prevê nenhuma possibilidade na CF/88 de ter recepcionado qualquer tipo de presunção em matéria penal, conforme fica claro no seguinte Recurso Especial do Supremo Tribunal Federal:

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva e, muito menos, a responsabilidade por fato de terceiro. Além do mais, consequência lógica, impõe-se a culpabilidade (sentido moderno do termo), ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa. Em consequência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno ocorrente no plano da experiência. Existe ou não existe. Não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato), o crime existe ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal. Que se aumente a pena ocorrendo as hipóteses ali inseridas, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido. Em 'Direito Penal na Constituição', São Paulo, RT, 1990, p. 17, escrevi: 'Se a infração penal é indissociável da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. O Código Penal, com a redação vigente da Parte Especial (*sic*), adotou a linha moderna. Depois de reeditar que o crime é doloso ou culposo (art. 18), registra no art. 19: Pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que houver causado ao menos culposamente'. Pune-se, insistindo, pela conduta. Não porque o legislador pressupõe fato! A sentença, na fundamentação, apoia-se no art. 224 do CP. Isso seria bastante para repeli-la. Escudou-se em argumento inconstitucional" (STJ – REsp. 46/424-2 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Para nossa reflexão, essa controversa discussão em torno da presunção, mais uma vez, revela a dificuldade dos tribunais em admitir o alcance da lei de forma integral para os casos a que o art. 224 se refere. A abertura que se colocava na consciência sexual deixava mais uma vez o tipo penal com elementos subjetivos, pressupondo uma interpretação do juiz em casos concretos. A avaliação da consciência da debilidade da vítima também oferece instrumentos frágeis de fundamentação legal. O gênero de disputa, entremeado nos processos judiciais, segundo Danet (1980), envolve uma racionalidade das decisões, propensa para a “busca de fatos”, pois enquadrar a presunção revela uma apropriação das formas de linguagem que são construídas na narração dos fatos. As evidências são construídas sob o desígnio de um método de investigação, nem sempre imparcial. Vargas (2000) destaca:

Portanto, nas disputas voltadas para fatos, “fatos” são criados de maneira a conformar-se a um modelo do que um fato deve ser, estando portanto sujeitos à constante negociação, mas também, conforme demonstra o evento descrito, à imposição e à manipulação de determinados significados bem como à privação do sentido conferido originalmente (p. 73).

A definição da presunção também foi objeto de determinação de Tribunais de Justiça, revelando essas negociações, impetradas de forma valorativa como pode ser observado no julgamento de um caso de apelação criminal, no Tribunal de Justiça, do Espírito Santo, em 23 de novembro de 1994. A ver:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO - VIOLÊNCIA FICTA OU PRESUMIDA. Vítima que possui compleição robusta, aparentando ser mulher formada. Restou provado que o apelado foi por várias vezes procurado pela vítima, para com ele manter relações sexuais. O apelante é pessoa humilde que laborou em erro quanto a idade da moça que o procurava insistentemente para com ele manter congresso carnal. E da jurisprudência não configurar estupro, por violência presumida, quando a vítima, apesar da tenra idade, além de tomar a iniciativa para o ato sexual, apresentava ser mulher formada. Apelo improvido, a unanimidade. (Apelação Criminal nº 008920004580).

Outros exemplos poderiam ser contemplados, tamanha a compreensão por parte dos tribunais da relativização da presunção. Essa discussão doutrinária revela a oscilação das determinações condenatórias nos processos judiciais, bem como o dissenso com relação à presunção. Apesar disso, posições contrárias também são consideradas de forma significativa, como pode ser observado no Tribunal de Justiça de Goiás, em recurso publicado no D. J. E, em 11 de abril de 1995.

RECURSO DE APELAÇÃO. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

Se a pessoa ofendida, nos crimes sexuais, não for maior de catorze anos, presume-se por avaliação feita pelo legislador, que o autor do crime atuou com violência, ainda que na realidade tal não tenha ocorrido. A presunção legal absoluta da violência deve prevalecer, afastada qualquer dúvida sobre a maturidade da ofendida em se tratando de menor sem auto determinação no campo sexual, incapaz de decidir, com liberdade dada sua pouca idade e sem condições pessoais para repelir propostas feitas pelo namorado. Recurso improvido. (Apelação Criminal nº 141940213).

A determinação em lei da consciência do agressor sobre a debilidade da vítima, em razão de sua alienação, também pode ser observada como incongruência doutrinária, uma vez que os especialistas revelam a tipificação subjetiva do crime de estupro ausente da forma culposa, ou seja, efetivação do crime, com culpa, mas sem intenção na realização do fato. O condicionamento da presunção atrelado ao conhecimento do agressor não oferece proteção integral a um grupo tão frágil quanto crianças menores de 14 anos, sobretudo, em razão das vitimizações recorrentes a que esse grupo social é submetido nas práticas cotidianas. A rotulação de Becker (2008) se aplicaria aqui para compreender a estigmatização que as pessoas portadoras de deficiências mentais sofrem

na ação coletiva. Essa estigmatização, cujas regras são impostas por um processo social, se estabelece coletivamente a partir de certas formas de comportamentos como tipos de problemas.

2.6 Nova lei – Código de 1940

A lei nº 12.015/09 estabeleceu mudanças substanciais nos crimes sexuais no Código Penal de 1940. Uma das mudanças mais destacada é conceber os crimes sexuais na categoria da hediondez (agora sob outras referências jurídicas) e defini-los não mais como crimes contra os costumes, mas como crimes contra a dignidade sexual (Título VI). Sobretudo, para crianças e adolescentes, regulando penas maiores quando a conduta produzir gravidez, doença sexualmente transmissível ou morte, incorporando novas gravidades. Define também a presunção da violência com a classificação da vulnerabilidade de menores de 14 anos e incapazes mentais, decaindo integralmente o art. 223.

Antes da nova Lei do Estupro, as definições dos crimes contra os costumes e suas agravantes ou atenuantes eram aquilatadas, basicamente, pelo exame dos sujeitos do crime (sujeito ativo e passivo) e do modo de execução (*modus operandi*). Diante de tal análise, nos termos do ordenamento repressor vigente à época, fazia-se distinção entre o crime de atentado violento ao pudor, coloquialmente denominado AVP pelos operadores do direito, e o crime de estupro, pelo sujeito passivo e ativo do delito. Assim, somente as mulheres poderiam ser vítimas de estupro e qualquer violência sexual perpetrada aos homens seria tipificada como atentado violento ao pudor. Anteriormente à referida nova lei, os crimes de *estupro* só se caracterizava pela situação onde há penetração vaginal com uso de violência, exigindo do agente o dolo, ou seja, a vontade direta, intencional do ato sexual. E esse crime está expresso no Art. 213²⁵ do Código Penal: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave

²⁵ Classificado como crime hediondo pela alteração da Lei nº. 8072, de 25 de julho de 1990. De acordo com o artigo 224, do Código Penal, quando a vítima é menor de 14 anos, alienado ou débil mental ou por qualquer outra causa não tiver possibilidade de se defender, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados, mesmo sem a mediação de uma violência explícita ou uma grave ameaça.

ameaça”; também o *atentado violento ao pudor* (constrangimento de alguém para praticar atos libidinosos, sem penetração vaginal, utilizando violência ou grave ameaça).

Vale ressaltar que, nesse enquadramento, considera-se que a relação sexual é caracterizada por ânus/pênis. Apesar de esse crime possuir características muito semelhantes ao Art. 213 nos elementos comuns – constrangimento, violência, grave ameaça, dolo –, existe uma diferença que é não apresentar conjunção carnal na mulher (que só é possível no Art. 213, porque tem penetração vaginal), mas a ação se expressa, diretamente, por meio do qual o homem ou mulher praticam atos libidinosos²⁶. É expresso no Art. 214²⁷ do Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato diverso da conjunção carnal”.

Atualmente, os crimes sexuais, definidos por estupro e atentado violento ao pudor, são as duas únicas infrações penais contra os costumes que integram o rótulo legal de hediondez, na lei 8072/90. Com a vigência da nova lei, foi abolida do ordenamento penal a denominação de atentado violento ao pudor como tipo penal incriminador isolado. Quis o legislador, com tal medida, unificar as condutas atentatórias à liberdade sexual, anteriormente descrita nos artigos 213 e 214 do Código Penal, num único artigo (213) e rechaçar a diferenciação dos sexos dos sujeitos do delito. Desse modo, é possível que o homem seja vítima de estupro, assim como a mulher, o transexual ou mesmo o adolescente, independentemente do sexo. No entanto, a hediondez dos delitos contra a dignidade sexual somente é mencionada nos seguintes casos:

- Art. 213, caput e parágrafos 1º e 2º, vale dizer, o crime de estupro propriamente dito (pena: 6 a 10 anos), e seus resultados agravantes decorrentes da idade do sujeito passivo e do *iter criminis* (caminho do crime), quais sejam, o resultado de lesão corporal de natureza grave ou vítima maior de 14 e menor de 18 anos (8 a 12 anos) ou mesmo do resultado morte (12 a 30 anos).

- Outro crime elevado à categoria de hediondo pela nova legislação foi o tipo penal denominado estupro de vulnerável, descrito pelo artigo 217-A do Código Penal, que ampliou a penalidade e modificou a ação penal prevista à hipótese. Trata-se de

²⁶ Ato libidinoso é aquele dirigido à satisfação sexual do agente ativo e que pode expressar-se pelos toques, apalpadelas, bolinações, titilações (mão-dedo na vagina), sexo bulco-vulvar, entre outros. (RODRIGUES, 2005).

²⁷ Alterada a pena pela Lei 8072, de 25 de julho de 1990.

estupro de vulnerável o estupro cometido em face de menores de 14 anos, ou pessoas que sejam portadoras de algum déficit cognitivo, motor ou de natureza, de modo a limitar sua resistência ou entendimento do fato, com qualificadoras que se ampliam até 30 anos em razão dos elementos resultantes do crime, retirando então a atenuante da falta de consciência desse fato por parte do agressor.

Nos dois crimes igualou-se a recriminação da penalidade do estupro e do atentado violento a pudor (a pena para os dois crimes era a mesma antes da nova lei : 6 a 10 anos para estupro ou AVP) As circunstâncias presentes em cada crime indicarão, de forma casuística, qual a conduta mais grave. Numa evidência da resistência contra o recrudescimento da pena para os crimes sexuais, uma vez que parte dos tribunais ainda não se sente convencida, alguns doutrinadores alegam que certos comportamentos e práticas nesses crimes não se apresentam de forma tão acentuada. Nessa perspectiva, o recrudescimento da lei, no rótulo da hediondez, tenderia a representar demasiado rigor ou conduzir a julgamentos indevidos, no que tange ao aumento da pena.

Muitos operadores do direito coadunam com essa argumentação, alegando que os crimes sexuais envolvem muitos riscos de prática investigativa²⁸. E em razão dessa prática, na dúvida, preferem inocentar. A indignidade do crime envolve o reconhecimento das vítimas, o clamor popular e a pressão social sobre os tribunais. Definitivamente, os crimes sexuais não se caracterizam como prioridade dos tribunais. Sobre este aspecto, o entendimento é de que devem inocentar em razão do princípio da dúvida a favor do réu (do *in dubio pro reo*), que deve prevalecer em razão de não se poder condenar com base em indícios, mas apenas a partir de provas contundentes dos fatos.

As práticas sempre à frente das normas implicam na atenção dos tribunais para sua ocorrência, na percepção de novas configurações do crime. Os crimes cibernéticos, por exemplo, começam a orientar os legisladores também a conduzirem definições penais, nos riscos da violência sexual mediada pelo instrumento virtual. Os meios de comunicação e o acesso a tecnologias da comunicação revolucionaram os mecanismos

²⁸ Martins (2007), em entrevista em delegacia policial, descreve o relato representante da agência pública: “a chegada das queixas está permeada por conflitos de ordem pessoal com o agressor como é o caso de esposa acusando ex-marido; filhos sendo manipulados por pais; transferência de acusação para encobrir pessoas da família, acusações pautadas em vinganças etc.” (p. 114)

de transgressão virtual e material nos crimes de violência sexual de forma alarmante na sociedade brasileira e têm ganhado ampla repercussão. Preocupações desse porte podem ser identificadas, portanto, em relação aos crimes cibernéticos, que têm se caracterizado como um dispositivo eficiente na dinâmica da violência sexual. Algumas medidas legais já podem ser apreciadas nas Casas Legislativas, como é o caso de algumas ações legislativas no Estado do Mato Grosso, como a criação de Delegacias de Polícia Especializada em Delitos Praticados por Meios Eletrônicos e a criminalização para restringir o acesso à web de crianças e adolescentes em locais públicos, com sistemas de segurança em computadores para determinados sites. Discussões de natureza doutrinária à parte, ações dessa natureza demonstram que a violência sexual não é apenas uma ameaça material, no mundo real, mas está presente em vários espaços de sociabilidade de crianças e adolescentes nas sociedades contemporâneas, sem ainda a previsão legal, considerando a evolução das práticas diante das novas tecnologias.

2.7 Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA/1990

O Estatuto da Criança e do Adolescente nasce no bojo de um processo de transição política para democratização do país, logo após a criação da nova Constituição Federal de 1988, instrumentalizado pelos movimentos sociais, que reivindicavam o declínio do Código de Menores/1979 e exigiam uma proteção especial para o universo infanto-juvenil. Esse ordenamento conclama diferentes instituições sociais à proteção desse grupo social: família, Estado e sociedade civil, bem como prevê a formalização de políticas para garantia dos direitos impetrados pelo Estatuto. É sabido, contudo, que a tradição brasileira de atenção às crianças e adolescentes estabeleceu-se, historicamente, por ações vinculadas às práticas de controle social, e não focalizando diretamente a promoção de seus direitos. As iniciativas nesta área, no Brasil, foram marcadas, por um lado, pela lógica de prevenção e de combate ao crime através da educação pelo trabalho e, por outro lado, por empreendimentos de cunho caritativo, voltados às crianças e adolescentes desvalidos. É importante demarcar essa percepção da infância pelos estatutos legais, pois estas revelam a caracterização de um tipo específico de atenção a

esse grupo por parte dos tribunais, durante um contexto histórico, bem como suas mudanças (ARANTES, 1990).

O ECA definiu uma compreensão da criança e do adolescente como pessoa em condição de desenvolvimento e sujeito de direitos fundamentais. A Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o ECA, sofreu várias alterações ao longo de sua existência, sobretudo da Lei nº 9975, de 23 de junho de 2000, que inclui a tipificação da prostituição e exploração sexual. O trabalho não se estenderá no processo de construção e nos avanços do ECA para a proteção da infância, apenas sinalizará algumas questões pertinentes para a compreensão de sua inserção na regulação do estupro, uma vez que há uma literatura considerável a esse respeito (ARANTES; MOTTA, 1990; LIBERATI, 1991; SEDA, 1991, 1995; RIZZINI, 1993, 1995, 2000; LOBO, 1997; COSTA, 2000).

Para crimes contra crianças e adolescentes, o fluxo de responsabilização é mais amplo que para os crimes de outra categorização penal, já que esse grupo social conta com outro dispositivo legal (ECA/90) que regula os procedimentos jurídicos para esse segmento, além do Código Penal Brasileiro. Nesse sentido, os operadores contam com dois ordenamentos legais para regular a prática delituosa: O Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. O estupro, particularmente, incide também na Lei de Crimes Hediondos, como já foi visto. Assim, no caso da violência sexual configurada pelo estupro há uma extensão de três normatizações: o Código Penal, o ECA e a Lei de crimes hediondos, elencados acima em seus respectivos artigos.

O ECA/90, por seu caráter holístico, não tem o perfil acusatório do ordenamento penal, característico dos códigos penais, contudo, regula práticas delituosas contra crianças e adolescentes. Os quase trinta atos proibitivos estão previstos em treze artigos (do art. 245 ao art. 258). Além de outras providências, estabelece regulações, no que tange à política de atendimento, criando arranjos institucionais de resolução de conflitos e órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, voltados à fiscalização do cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, como são os Conselhos Tutelares. Essas instâncias formais de resolução de conflitos representam grande parte dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes e funcionam como instâncias seletivas dos litígios que chegam aos tribunais. Em razão máxima da integração do sistema de garantia de direitos composto por instituições alocadas na

sociedade civil e do Estado, variados agentes institucionais²⁹ caracterizam a rede de proteção, com função de responsabilização, elaboração de políticas e fiscalização, e no âmbito da prevenção e assistência.

Duas questões iniciais são a primazia da proteção integral e o reconhecimento de crianças como pessoas em desenvolvimento, entendimento que frustra diretamente argumentos defendidos por alguns operadores do direito. Estes, nas controvérsias da presunção da violência, se utilizam de declarações voltadas para uma compreensão da maturidade da vítima menor de 14 anos, utilizando defesas do tipo: *apesar da tenra idade, apresenta ser mulher formada; vítima ter conhecimento sexual* etc. A consideração desse axioma do estatuto por si já deveria assentar os limites da apropriação de uma interpretação dessa natureza. De fato, os argumentos morais agem com toda contumácia.

Outra questão importante que se nota na análise do enquadramento da violência sexual e as normas legais é a dificuldade de aplicação dos artigos conjuntamente ao Código Penal, uma vez que as normas penais são anormais³⁰, pois elas não apresentam a descrição típica completa. Essa situação é compreensível, na doutrina jurídica, pelo fato de as práticas delituosas estarem, em grande parte, já previstas pelo Código Penal, como o caso do estupro. Como o Código Penal é uma lei geral, a figura delituosa está definida de forma específica. O ECA é uma lei especial, suas figuras jurídicas são genéricas, normativas em alguns casos e condenatórias em outros, mas mesmo as incriminadoras não parecem dotadas de especificidades em todos as situações às quais elas se referem. Como se observa no art. 244-A do ECA, que foi incluído pela Lei nº 9975, de 23 de junho de 2000: “Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual”. Embora caracterize uma norma incriminadora, o tipo penal não está definido claramente, uma vez que é preciso interpretar o que é prostituição infantil e exploração sexual.

²⁹ Essas instituições são consideradas apenas como porta de entrada das ocorrências, não compõem o fluxo do sistema criminal. Elas não são uniformes na cobertura nacional, em razão da autonomia político-administrativa dos estados e municípios na instalação desses serviços, mas funcionam como mediadores nos casos de maus-tratos infanto-juvenis. Além da estrutura representativa do Estado, que se configura na sua dimensão jurídica, tem sua ação fiscalizadora fragilizada por essa perspectiva, na medida em que ainda não consegue integrar efetivamente as forças políticas no processo de gestão das políticas públicas na garantia dos direitos de crianças e adolescentes (MARTINS, 2007).

³⁰ Norma penal anormal se caracteriza pela descrição da conduta proibida com elementos objetivos e subjetivos, pressupõe uma interpretação do juiz em casos concretos.

A doutrina aceita a compreensão de que a prostituição³¹ está ligada a um comércio de fim sexual, não necessariamente ligado a valores em espécie. De fato, são públicos os casos de crianças prostituídas ou usadas sexualmente, em notório estado de precariedade social, ou os casos de troca de “favores sexuais” por alimentos para si ou para família. O termo exploração sexual envolve demasiadas práticas de proveito sexual, podendo caracterizar comércio ou não, havendo contato físico ou não. Nesse sentido, o enquadramento do estupro poderia adequar-se a essa tipificação, mas, em razão da especialidade do Código Penal, em seu art. 213, que define diretamente a conduta criminal, se preserva o alcance maior desse instituto. Na verdade, essa norma incriminadora do ECA está colocada para garantir o alcance de outras práticas não previstas ainda em lei. Na abertura de alguma tipificação criminal para violência sexual, ela se aplicaria.

Outra questão doutrinária é a conjugação de leis com um tipo objetivo, como o estupro, e um crime omissivo próprio³², como o definido no art. 18: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. Por não se caracterizar como uma norma incriminadora, mas normativa, é possível aliar ao enquadramento da tipificação criminal, mas endossar a proteção do bem jurídico, a integridade física e psíquica da criança e do adolescente. Contudo, sua aplicação é usada de forma ocasional pelos operadores para substanciar a defesa ou a acusação e a sentença proferida pelos magistrados. Nos processos, ela não tem um assento de princípio máximo.

O ECA tem importância fulcral nos processos de crimes envolvendo crianças e adolescentes na definição das faixas etárias, na sistematização da presunção da violência, no escalonamento da gravidade dos fatos e na instrumentalização dos operadores quanto à apreciação da proteção do bem jurídico. Dessa forma, ele inibe uma atividade valorativa, em determinados casos, pois, em caso de uma ausência de objetividade incriminadora de determinadas práticas na lei, o ECA pode emanar orientações aos preceitos legais. Entretanto, seu uso também fica na espreita da determinação formal dos operadores.

³¹ Embora o termo prostituição infantil esteja definido uma prática no ECA, há controvérsias quanto essa acepção da prática de prostituição para crianças e adolescentes, uma vez que não corresponde a uma prática delituosa. Contudo, quando a ação se refere a esse grupo social assenta-se a ação proibitiva.

³² É um termo jurídico que caracteriza uma conduta normativa negativa o não fazer o que a lei determina.

A reflexão nesse sentido deve levar alguns aspectos teóricos em consideração. A idéia assentada numa proteção integral de crianças e adolescentes no ECA não deixa de ser também uma forma de se projetar uma unidade nacional com relação a esse grupo social, escamoteando as diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais que balizam os interesses dessa proteção. A compreensão de uma referência modernizadora que compõem mecanismos políticos e efeitos de discurso se revela pelos dispositivos na acepção de Foucault (1979), ou seja:

[...] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas (p. 244).

Esses dispositivos revelam as práticas discursivas que estão estabelecidas como instituições a partir dos efeitos que elas produzem, caracterizando relações de poder, produção de saberes, jogos de palavras compostos de nuances implicadoras no processo de dominação. Essa unidade substancializadora é extremamente complexa do ponto de vista de sua constituição integral no sistema cultural. Os ajustes e adaptações são procedimentos comuns apropriados pelos tribunais (no caso particular dessa análise) que divergem dessa ilustração política doadora de direitos. Nosso legado autoritário e conservador da cultura política nacional se estabeleceu sobre a amálgama da inovação e da tradição. Logo, essas transformações progressistas não são simples e rápidas, e, por vezes, resistem em se estabelecer. Portanto, os enquadramentos dessas normatizações nos Códigos Penais têm seus limites formais-materiais e, sobretudo, políticos.

2.8 Penas

A prerrogativa de punição do Estado nasce com a prática do crime, elemento que não está de acordo com a norma, e tem uma função social significativa, de acordo com Durkheim, pois protege a sociedade na sua acepção expiatória. O crime é aquilo que é sancionado por uma pena – seria o traço comum a todos os crimes. Contudo, os conflitos que são enquadrados na penalização jurídica são definidos de forma variada, de acordo com as épocas, segundo o tipo de Estado e de acordo com a situação das

relações sociais. É reconhecido, dessa forma, que, em qualquer sociedade, a estrutura punitiva é compreendida como processo cultural atrelado ao seu processo histórico. Desse feito, as formas punitivas não podem desconsiderar os contextos políticos, econômicos, sociais e culturais, pois são deles que emanam os preceitos regulatórios das penas.

As mutações da pena dizem respeito à estatização da política, por meio da qual a sociedade rompe com a vingança³³, na medida em que a lógica de contenção da violência se estabelece sob nova configuração, na separação entre a zona pública da vida social. O triunfo da pena revela como, em cada época, a economia da pena se institui a partir da ligação do Estado com o sistema penal. Esse estreitamente se dá marcado pelo desequilíbrio entre o Estado (soberano) que comina a pena e o indivíduo que sofre sua penalização. A dissuasão penal assenta-se nessa hierarquização (ROBERT, 2007).

No Brasil, por exemplo, temos particularidades a esse respeito que valem ser consideradas para explicar as penas do estupro. Nas Ordenações Portuguesas, as penas estavam atreladas a uma concepção cristã da penitência, era preciso sofrer, tratar o mal pelo mal, para pagar o mal feito à sociedade, em razão de sua inspiração no Direito Canônico. Por exemplo, nas Ordenações Afonsinas, a pena para os homens que *dormissem* com mulher casada, religiosa, moça virgem ou viúva, que vivesse honestamente, seria a morte, e aquele que ajudasse receberia a mesma punição! E mesmo que mostrasse interesse em casar, não estaria isento da punição de morte. Nas Ordenações Manuelinas, também seguiu a punição de morte para homem que dormisse forçosamente com qualquer mulher (inclusive escrava e prostituta). A questão aqui está, sobretudo, na punição da audácia do agressor, na autoridade de ameaça que o Estado faz para certas condutas. A diferença insuperável entre o soberano e o particular revela o poder público da força e legitimidade na demonstração de autoridade. O sistema penal, então, excede um ramo do direito; ele é “uma forma de processo onde a autoridade pública desempenha dois papéis: não apenas o de juiz, mas capaz também o de ofendido” (ROBERT, 2007, p. 29). Contudo, essas aplicações eram relativizadas nas práticas sociais; desde as Ordenações portuguesas, a sanção estava inscrita num

³³ Vingança seria uma forma de responder a uma ofensa da vítima pela família, equivalendo o dano perpetrado. Essa retribuição se apresenta numa vida social política, não estatizada, sobretudo, nas sociedades “segmentadas”, onde a estatização política é ausente ou incipiente (ROBERT, 2007).

ordenamento, mas a lassidão dos tribunais também regulava as práticas (PIERANGELLI, 1980).

Os Códigos posteriores, de 1830 e 1890, caracterizaram-se por algumas diferenças. No Código de 1890, observa-se um esforço maior na individualização das penas, com a inclusão de atenuantes e agravantes em alguns tipos penais. No Código de 1830, como tinha definido dois tipos penais para estupro – um para menores de 17 anos (art. 219) e outro para mulheres (art. 222) –, as penas também se diferenciaram, dependendo do grupo ofendido. Para os agressores que praticavam ofensa para as menores de 17 anos, a pena correspondia a sua saída da Comarca onde vivia a vítima, por 1 a 3 anos, além de dotar³⁴ a vítima. Nos casos em que as vítimas eram mulheres do art. 222, a pena se caracterizava pela prisão de 3 a 12 anos, além do dote. Contudo, como elemento de compensação da ofensa, poderia ser dada a oportunidade de casamento entre vítima e agressor, ou no jargão jurídico *extinguindo a punibilidade*. A compreensão dessa compensação se justificava pelo bem jurídico ofendido: a honra, que efetivamente estava ligada à virgindade. Logo, o casamento garantia que a honra estaria preservada, com a esperança de um casamento honesto. As penas de estupro estabeleciam uma diferenciação social para mulheres consideradas prostitutas. Nesses casos, a pena era bem mais branda – prisão de 1 a 2 anos, caracterizando a gênese da forma seletiva da marginalização dos grupos da sociedade (ZAFFORONI, 2003). No que tange à individualização das penas, as teorizações historicistas da pena (RUSCHE, 1939; SELLIN, 1976; IGNATIEFF, 1978; FOUCAULT, 1987) mostram como o controle das faixas marginais vai sendo dirigida ao “grande confinamento” a partir do afastamento social (ROBERT, 2007, p. 32).

É necessário observar que, no Brasil, as penas para ofensa a crianças eram menos severas que para mulheres, diferentemente do Antigo Regime da França (VIGARELLO, 1998), no qual é justamente o estupro contra crianças que torna o crime mais condenável. Mesmo com poucas queixas, os processos julgados no Séc. XVII e XVIII, na França, foram em grande parte acometidos contra crianças. Sem dúvida, a explicação dessa orientação jurídica brasileira deve-se ao fato de que a percepção da infância era ainda mais desvalorizada do que a da mulher. Na verdade, a punição para a ofensa da condição feminina estava simbolizando a ofensa à família da vítima: marido

³⁴ Dotar a vítima significava pagar o dote, era uma espécie de acordo financeiro, através de um *Termo de Composição*, pago à família da vítima, em razão da ofensa cometida. Contudo, não era qualquer dote, mas uma compensação em dinheiro que superasse o desejo de casar. (GOLDSCHMIDT, 1998).

ou pai, enquanto ofensa secundária. Robert (2007) afirma que essa situação da atenuação das penas não caracteriza uma condição particular, mas um movimento, um deslocamento de uma penalização extremamente severa para demarcar a hierarquia entre o soberano e o particular e o afrouxamento nas proscricções, uma vez instaurada a eficácia da ameaça. Esse seria o modelo típico do Antigo Regime da França, que poderia explicar essas indulgências no processo penal. O Código de 1890 também faz distinção entre estupro de menores (art. 267) e de mulheres (art. 268), e mantém a diferença de penalidade para os diferentes grupos ofendidos. A pena para o art. 267 se caracterizava de prisão de 1 a 4 anos e a pena para o art. 268 era prisão de 1 a 6 anos. Também foi mantida a diferenciação social para prostitutas, com pena menor – prisão de 6 meses a 2 anos. As penas nesse estatuto republicano foram amenizadas para os agressores de mulheres e intensificadas para os agressores de crianças, revelando uma nova referência jurídica e diferenciando-se do Código de 1830.

O Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal de 1940 – se constituiu a partir de alguns princípios penais, como o dualismo penal, que regula a **culpabilidade** ligada à culpa do agente que realiza o crime e, conseqüentemente, associa a pena à reprovabilidade desse agente diante de uma norma. Um outro princípio era o da **periculosidade**, ou seja, o perigo assentado na conduta desse agente diante da sociedade e não necessariamente somente a sua vítima; por isso as penas são impetradas como medidas de segurança. Combessie (2001), em seu livro sobre a sociologia da prisão, no qual ele estabelece uma diferença entre o olhar jurídico e o olhar sociológico com relação às penalidades, resgata a contribuição de outro autor para mostrar como a aplicação das penas está estabelecida em três tipos. A citação traduzida é de Rego (2004):

Nesse sentido, Claude Faugeron (1996) *apud* Combessie (2001) identifica que a prisão vem servindo a diferentes lógicas sociais. Ele ressalta principalmente três tipos: o encarceramento com o sentido de *neutralização*, ou seja, que busca afastar do convívio social o indivíduo verdadeiramente perigoso para a sociedade; o encarceramento no sentido de *diferenciação social* ou ressocialização, aquele que tem por finalidade proporcionar na cadeia uma formação adequada para que o criminoso possa ser reabilitado a voltar à sociedade; e, por fim, o *encarceramento de autoridade*, o que visa afirmar uma relação de poder. Essas lógicas de detenção são aplicadas geralmente em conjunto, prevalecendo sempre uma mais que as outras. (p.229)

Dessa forma, observando essas lógicas, compreende-se que o Brasil, em razão do dualismo penal, está assentado, primeiramente, na lógica da neutralização e na lógica

da dissuasão, ou seja, na crença de que as pessoas consideradas criminosas podem mudar de idéia e, dessa forma, ressocializar-se, no sentido da diferenciação social. É crível demarcar algumas implicações nas justificativas de aplicação dessas sanções:

- a. A lógica da neutralização orienta que as sanções devem afastar o indivíduo perigoso, de forma que ele não cometa outros crimes, trancafiando-o dentro de um espaço com privação de sua liberdade. O criminoso precisa ser afastado do convívio social. Essa lógica está assentada na teoria utilitarista de Beccaria (1999), pois tem a função social de servir de modelo à sociedade, além de responder à sociedade a visibilidade da pena. Contudo, é fato comum observar os limites da neutralização dentro dos espaços prisionais (vide a situação brasileira, em que mesmo o indivíduo estando encarcerado suas condutas delituosas continuam a se manifestar). Essa limitação converge para justificar a sentença de morte. Seria a forma mais eficaz de neutralização. Dessa forma, essa lógica mostra-se bastante perigosa do ponto de vista de sua justificativa das sanções. Sabe-se, contudo, que a adoção da pena de morte envolve outras questões, sobretudo, da qualidade do Estado de Direito de um país, mas o princípio para sua incorporação pode ser estabelecido nessa lógica.
- b. A lógica da diferenciação social está baseada na teoria utilitarista de Beccaria (op.cit.) e implica na capacidade do sistema penal de reeducar o criminoso, ressocializá-lo e incluí-lo na sociedade, de modo que ele volte ao convívio social. Os limites dessa lógica estão caracterizados pela falência dos sistemas prisionais na sua capacidade de ressocialização.

De qualquer forma, a reflexão sobre essas lógicas e tipos de aplicação de penas nos ajudam a compreender um pouco a mobilização socialmente construída tanto por parte dos tribunais e dos juízes, quanto por parte da sociedade, na sua disposição sobre o discurso político das penas, ao longo do processo histórico e social. Aqui também se revelam dinâmicas valorativas e discriminatórias. O Código vigente de 1940, nesse caso particular, foi palco de muitas controvérsias entre o discurso punitivo e o discurso progressista, sofrendo algumas alterações de leis que modificaram as penas. Contudo, a análise desse estudo só privilegiará as alterações estabelecidas no ano de 1990 e 1996, no qual se assentam a vigência do período limite (2008) dos processos estudados. A ver:

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

Pena - reclusão de quatro a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)
(Revogado pela Lei n.º 9.281, de 4.6.1996)

Pena - reclusão, de três a oito anos.

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990).

Segundo Pinto (2006), o debate ao longo da década de 1980 introduziu a discussão sobre as medidas despenalizadoras no Brasil, sobretudo em razão da celeridade dos processos e da humanização do sistema de penas. Esse movimento foi inspirado pelo discurso crítico do sistema penal, influenciado pelos movimentos europeus do direito penal e do abolicionismo penal. Contudo, aliado ao movimento progressista, está presente também o discurso punitivo dirigido a um intensificado processo de estigmatização de tipos sociais. A esse respeito, a literatura sociológica brasileira é vasta e extremante expressiva³⁵. Para os crimes sexuais, coloca-se uma particularidade. As penas de estupro, como pôde ser visto nessa breve exposição histórica, não se caracterizavam por penas brandas, considerando cada contexto histórico em jogo. Pelo contrário, sua penalidade sempre se estabeleceu com certa severidade na formalização das penas nos códigos penais, considerando o dispositivo central de quem a pena está “compensando”. O efeito seletivo se aplicava para quem era ofendido ou para quem ofendia.

De modo geral, o estupro se caracteriza por uma expressiva repugnância social, ou seja, é pesadamente condenado, mas pouco punido. A hierarquização dos crimes na sociedade revela que os crimes sexuais não sofrem tanta perseguição por parte dos aparelhos de contenção e repressivos, em comparação com certos crimes (contra patrimônio, por exemplo). Os crimes sexuais, embora assentem uma afronta à sociedade e as penas sejam severas, estabelecem um confronto com as práticas dos tribunais e da sociedade (caracterizadas pelo frágil número de iniciativas jurídicas), uma vez que não traduzem um efeito correspondente na segurança jurídica.

A leitura de Vargas (2000) aprofunda um pouco a questão, revelando sua complexidade, no seu estudo sobre o estupro na cidade de Campinas/SP. Ela analisou o percentual de condenação e absolvição referente às denúncias feitas a partir dos Inquéritos Policiais da DDM da referida cidade, entre os anos de 1988-1992, e destacou

³⁵ Ver literatura (ADORNO, 1995; MACHADO, 1995; ANDRADE, 1997; MISSE, 1999; CALDEIRA, 2000 e 2001; WACQUANT, 2001; YOUNG, 2002; ALVAREZ, 2002; ZALUAR, 2004a e 2004b; PINTO, 2006) dentre outros.

que 27% dos processos foram absolvidos, de modo que 73% sofreram condenação. Segundo a autora a dificuldade é entrar no sistema de justiça, mas quando entra, costuma ser punido. Essa configuração é afirmada em alguns tribunais, como em Portugal. Souza Santos (1996), analisando os tribunais portugueses para os crimes sexuais, revelou que, embora tenham um baixo número de denúncias-queixas para esses crimes, há um forte índice de condenação no conjunto da criminalidade. Essa discussão, no Brasil, oscila entre o discurso punitivo e o discurso progressista, marcando o conflito entre a legitimação e a deslegitimação do sistema penal, diante das disparidades das penas. A legitimação encontra registro no discurso punitivo. Sobretudo pelo efeito de demandas externas, pelo “clamor da sociedade” em casos concretos muito veiculados pelo discurso público midiático.

Assim, as sanções do estupro são definidas pelo Código Penal, regulado pelo Código de Processo Penal³⁶, assim como os demais crimes, sob algumas especificidades, até 1984. Posteriormente, o Código Penal é também alterado, no que tange à aplicação das penalidades, com a lei nº 7209, de 11 de julho de 1984. Dessa forma, as penas de estupro mantêm tal configuração ao longo dos 71 anos do Código Penal.

Quadro 2 – Penas de estupro durante o período de cobertura do estudo

Código Penal original, decreto lei nº 2848/40	Alteração do CP/40 pela Lei nº 8069, de 25/07/1990	Alteração do CP/40 pela Lei nº 8072, de 25/07/1990
Pena – reclusão de 3 a 8 anos	Pena – reclusão de 4 a 10 anos	Pena – reclusão de 6 a 10 anos

Fonte: Código Penal/1940 e suas alterações

As penalidades caracterizadas por penas de reclusão passam a ser reconhecidas como penas privativas de liberdade a partir da alteração da Lei nº 7209, de 1984. Dessa forma, podem ser aplicadas pelo regime aberto, semi-aberto e fechado. Nos casos de penas superiores a 8 anos e de agente agressor reincidente serão aplicadas em regime

³⁶ A partir do ano de 1984 a Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais) também se incorporou ao rol de ordenamentos para efetivar as disposições das sentenças judiciais.

fechado. Contudo, o regime inicial das penas é de apreciação do juiz e envolve vários critérios definidos em lei ou aplicação correspondente, baseados nos “cálculos” para sua aplicação, podendo proceder de substituição prevista em lei. Portanto, as penas originais definidas para o estupro, mantinham a reclusão de 3 a 8 anos e podiam ser dispensadas do regime fechado, uma vez que a pena máxima estava definida em 8 anos. Contudo, as penas arroladas nas formas qualificadas sofriam aumento considerável, não favorecendo mais o regime aberto ou semi-aberto. O universo da aplicação das penas é um código “calculado” pelos juízes diante dos elementos legais que configuram o crime. Entretanto, a interpretação dessa configuração está inscrita, sobretudo, na gravidade do fato, de modo que os elementos extraleais podem intervir nessa disposição jurídica, definindo as disparidades.

As penas de crimes hediondos são as mais severas e merecem destaque na sua aplicação ao estupro. A lei de crimes hediondos é criada sob o apalço de um contexto sócio-cultural que dinamizou a ordem política na representação de legisladores, preocupada em fundamentar uma estabilidade política, num universo de vicissitudes constantes. O processo de democratização, fomentado pela inovação da Carta Magna de 1988, influiu as mentalidades para punir severamente os crimes de tráfico de entorpecentes, extorsão mediante sequestro, homicídio, roubo e estupro. Interessante destacar que o crime de homicídio veio somente a ser incorporado em 1994, em razão da grande mobilização nacional gerada pelo assassinato da atriz Daniela Perez, motivada pela mãe da atriz, pessoa influente, que evocou o legislativo para incorporar esse tipo penal. Sem dúvida, esse feito revela o poder simbólico (BOURDIEU, 1989) da produção midiática junto ao discurso punitivo representando instrumentos de dominação. Isso quer dizer que o estupro estava definido como crime hediondo na criação da lei. O recrudescimento penal é caracterizado, nas penas, pela inafiançabilidade do crime, anistia, graça ou indulto, com a exigência do cumprimento integral da pena em regime fechado, só oferecendo concessão da condicional com dois terços da pena cumprida.

A dualidade discursiva (DA MATTA, 1997; KANT DE LIMA, 1996) da realidade brasileira no campo do direito penal (discurso jurídico e legislativo) revela também as vicissitudes da lógica na aplicação das penas, assentada na teoria utilitarista, em que justifica-se a pena pela readaptação, reeducação e reinserção dos acusados, modelo que o Brasil adota. A prisão, nesse sentido, dissocializa, na medida em que os

órgãos de repressão não destacam a função da recuperação nas práticas sociais. O sentimento de inoperância do sistema é tão significativo que os crimes de estupro sofrem sanções próprias pela coletividade carcerária. O criminoso que comete estupro, ao chegar às penitenciárias, comumente sofre as sanções da consciência coletiva na sua indignação social, mesmo sendo punido pelo sistema penal. A penalização dos crimes de estupro nos tribunais parece não assegurar a segurança às pessoas. Dessa forma, as soluções marcadas por atitudes vingativas se colocam diante de um sistema penal que parece não atender o interesse geral. A insolvência social revela a procedência de um castigo simbólico, já que não é possível a dissolução da pena para determinados transgressores. O espectro da justiça com as próprias mãos acentua o desfavorecimento da plena cidadania, marcada pela insegurança de uma sociedade de riscos, intensificada pelo aumento da criminalidade. Giddens (1989) revela como as normas e as sanções exprimem assimetrias estruturais de dominação, entre o culpado e os tribunais na regularidade normativa. É isso que distingue a pena da pura violência. Embora essa resposta atenda a ação jurídica, ela não atende da mesma forma o universo normativo que excede o campo jurídico, considerando-se a regularidade comportamental. Ela pode incidir sobre outros prismas (sociológicos e não jurídicos): a norma enquanto *habitus* (BOURDIEU, 1989) ou consciência prática (GIDDENS, 1989).

Essa discussão é importante, pois revela o caráter volátil da norma, segundo Robert (2007), na sua acepção prescritiva e de justiciabilidade, ou seja, passa por uma tomada de vontade que dimensiona a zona de conforto da justiciabilidade. Aqui, parece que a norma é mais veraz do que as normas advindas de uma decisão emitida por uma autoridade.

Outras possibilidades se colocam na aplicação das penas, como a prisão flagrante pela autoridade policial em caso de acontecer no intercurso de 24 horas do fato ocorrido. Contudo, em tratando-se de crimes sexuais, a prisão flagrante é mais limitada pelas circunstâncias da ocorrência do crime. O juiz tem autoridade para decretar a prisão ou absolvição sumária do réu, uma vez que o réu foi preso antes da definição da sentença, nas prerrogativas legais que cabem a essa ação: a prisão flagrante. Essa absolvição pode ocorrer em qualquer período do processo penal, sendo possível diante da presença de elementos que indiquem a inocência do réu ou que excluam o crime. O Ministério Público também pode solicitar, através de cota ministerial³⁷, a prisão

³⁷ Seria uma manifestação do Ministério Público, sem previsão de uma petição, ele se manifesta junto ao processo.

preventiva ou o relaxamento da prisão, quando designada pelo auto-flagrante, ainda na delegacia, mantendo o réu preso, de acordo com as regras do Código de Processo Penal. A decisão dessas ações são de responsabilidade da autoridade judiciária.

Vale destacar que o endurecimento penal para os crimes sexuais sofre uma pequena diferença entre eles. O estupro estabelece penas mais severas, em proporção aos demais crimes, mesmo que todos os crimes sexuais sofram as mesmas reservas justificativas por parte dos operadores, em razão da ausência da materialidade. De fato, o crime de estupro caracteriza-se por provas mais cabais que os demais crimes, pois, como envolve penetração por violência, pode ser possível focalizar as evidências na virgindade, no sêmen, nas lesões corporais etc. Mas sobretudo, o recrudescimento penal do estupro evidencia o dualismo do discurso penal: na definição, as normatizações são severas; mas, nas práticas, são relativizadas e desencadeiam uma ginástica doutrinária para proceder com indulgência. Como diz Vigarello (1998), eles (juízes) condenam e perdoam simultaneamente.

3. ESTUDO DA *SENTENCING* E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

3.1 A pesquisa em *sentencing*

A parte teórica central desse estudo se dirige ao estudo da *sentencing*. Esta teoria, segundo Vanhamme e Beyens (2007), se caracteriza por um vasto campo de pesquisas empíricas sociocriminológicas, centradas nas disparidades das penas, a partir da tomada de decisão do julgamento penal. Esses trabalhos vêm sendo desenvolvidos em diferentes países, na Europa (França, Holanda, Inglaterra) e na América do Norte (EUA e Canadá). Sua maior contribuição teórica está na desmistificação da idéia da imparcialidade na tomada de decisão dos magistrados. É sabido que muitos estudos sobre a imparcialidade dos tribunais têm procurado enfrentar o baluarte da organização política judiciária, perscrutando as nuances e eventos discriminatórios do sistema penal, ainda que as pesquisas no Brasil não sejam de grande volume. Contudo, a *sentencing* revela um aporte teórico novo, mais centrado na figura dos magistrados e na disposição jurídica que suas práticas sociais inserem no contexto da penalidade, inscritas e consubstanciadas na produção das legalidades. Outros estudos (CICOUREL, 1968; HAGAN, 1974; GIROUX et all, 1981) compõem um quadro teórico para estudar as sentenças. No entanto, o trabalho elegeu a *sentencing*, em razão da focalização da figura do magistrado, para poder entender quais são os elementos que influenciam suas práticas e dinamizam uma cultura jurídica que aplica uma pena para crimes semelhantes de diferentes formas, na tentativa de mergulhar na lógica de suas racionalidades.

A *sentencing* se dirige à análise do processo decisório fundamentalmente como prática social, nesse sentido, compreendendo o fenômeno da decisão judiciária como uma prática complexa e subjetiva que envolve questões por demais controversas e inquietantes sobre os critérios eleitos pelos juízes na atribuição da interpretação da lei, no seu exercício de poder discricionário. Aprofundar a noção dessa tomada de decisão exige entender essa teoria a partir de um campo conceitual mais amplo, que abrange a

prática social ancorada no contexto da penalidade e da sociedade, e a interação realizada entre eles (HUTTON, 1995, 2006; BEYENS, 2000; VANHAMME, 2006; PRATES, 2011). A perspectiva aqui privilegiada revela um campo de abordagem mais holístico, e se caracteriza por uma abordagem sociológica, pois se apropria de uma análise mais aprofundada do tipo de sociedade, das formas de Estado³⁸ e suas penalidades, bem como as teorias que emergem nesse complexo. Isso não implica em invalidar tendências teóricas da *sentencing* que trabalham com um corte mais restrito do seu campo de análise, como a *sentencing* tradicional. A discussão entre as duas revela o velho binômio epistemológico entre as pesquisas quantitativas e qualitativas, que entende-se não ser palco de debate aqui, mas que teria a mesma validade. A apropriação de um ou outro, ou a convergência dos métodos, sem dúvida, está associada à natureza do objeto, à observação do plano de interesse sobre os resultados, bem como à exequibilidade da proposta investigada.

A contextualização da *sentencing* aborda uma discussão mais profunda no debate sociológico, que permite observar a ruptura entre a modernidade e a modernidade tardia (YOUNG, 2002; GARLAND, 2008). Nas diferentes características societais desses modelos, diferentes formas de Estado, de sociedade, de penalidade se fazem necessárias e úteis à compreensão dessa teoria. É nessa contextualização que se assentam os contextos punitivos que os tribunais projetam, caracterizando sua cultura penal; por isso a importância de sua contextualização.

A pesquisa em *sentencing* tem como temática principal a disparidade das penas no universo de adjudicação. Na lógica das ciências, segundo Robert (2007), para caracterizar um crime é preciso dirigir atenção sobre o que há de comum e de exclusivo a todas as suas variedades para isolar o núcleo-duro do crime. O objeto de estudo é constituído como uma realidade social pelo direito como prática social, na ação do mesmo. Essa perspectiva revela que a pesquisa do crime e a *sentencing* estão submetidas a um campo conceitual normativo que enquadra a igualdade do tratamento das penas. Esse é o tema principal da modernidade. Dessa forma, a *sentencing* procura recorrer a um método de análise das práticas incorporadas na tomada de decisão dos juízes, buscando refletir sobre os efeitos produzidos pelos tribunais na feitura dessas disparidades no domínio da normatividade; não necessariamente presa à definição do

³⁸ Robert (2007) alude à complexidade da história do Estado, mostrando que este foi revestido por distintas formas ao longo da história da humanidade e acredita que novas formas podem surgir, ainda que a figura do Estado-nação esteja contemplada por certa sacralização, não acredita que seja uma absoluta modalidade.

objeto jurídico. Robert (op. cit.) orienta que nenhuma norma dispõe de universalidade, estando todas submetidas às contingências sociais. Logo, “as dificuldades que se teme em relação ao direito não são afastadas pela referência a outro tipo de regra” (p. 20).

A importância que se coloca numa discussão inicial sobre a modernidade e a *sentencing* se estabelece dentro dessas considerações iniciais. Giddens (1991) destaca a discussão sobre a modernidade no bojo do debate sobre um conhecimento baseado na racionalidade, exigindo uma flexibilidade nesses saberes. A ação social não está orientada por um simples ato mecânico. Portanto, o agir socialmente revela uma racionalidade que permite aos indivíduos serem sujeitos e objetos de sua própria existência, bem como revela uma intencionalidade não premeditada na sua ação reflexiva imersa nas contingências sociais. Os atores, para Giddens (op. cit.), têm papel fundamental nas transformações. As instituições, nesse sentido, estariam aludidas nessa fundamentação conceitual que reconhece a legitimidade simbólica de suas instituições e de seus agentes, baseada na confiança do progresso que elas renunciaram. O encantamento das promessas dos princípios liberais da modernidade não se cumpriu na sua integralidade, revelando a cisão entre o Estado e a sociedade. A política criminal de Beccaria, canonizada pelo otimismo iluminista, segundo o qual a razão humana compreenderia a lição da pena cominada, encontrou resistências nos mecanismos de dissuasão.

Os paradigmas marxistas e liberais se colocaram no pano de fundo do debate político e ideológico dessas vicissitudes práticas. Por um lado, o Estado democrático liberal, no caminho de superação histórica dos regimes totalitários, promoveu avanços substanciais nas relações sociais. Isso se deu, principalmente, no que diz respeito à assimilação de novos direitos, com boa parte dos estados existentes no mundo atual mediados pelas formas de regimes liberais-democráticos (COUTINHO, 2002), substanciados pelo ordenamento jurídico legal. Por outro lado, a exclusão social ainda se coloca como uma vertente da realidade, retratando as contradições do modelo hegemônico, que mostra como do ponto de vista normativo é contradizente e mostra também a sua impossibilidade de cumprir a promessa da justiça social, a partir do princípio da igual dignidade. Para Souza Santos (1996):

De uma forma ou de outra, os países periféricos e semiperiféricos viram-se na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados seqüencialmente, ao longo de um período de

mais de um século, ou seja: no período liberal, os direitos cívicos e políticos; no período do Estado-providência, os direitos econômicos e sociais; e no período após o Estado-providência, os direitos dos consumidores, da proteção ambiental e da qualidade de vida em geral. Obrigados, por assim dizer, a um curto-circuito histórico, não admira que esses países não tenham, em geral, permitido a consolidação de um catálogo tão exigente de direitos de cidadania. (p. 16)

A crise do Estado na década de 1970 decorrente do franco processo de reestruturação capitalista e da globalização da economia favoreceu, segundo alguns autores (GIDDENS, 1991; BECK, 1992), o desenvolvimento do que denominaram modernidade tardia. O contexto de crise e insegurança política e econômica promoveu, segundo Beck (1992), a fragilidade da racionalização voltada para o progresso e as liberdades. A debilidade do Estado, diante da escassez dos recursos no contexto de crise econômica, fragiliza também sua capacidade de proteção do cidadão e conseqüentemente sua reação à recuperação de sua legitimidade fica focalizada no penal. Segundo Vannhamme e Beyens (2007), isso, de uma parte, favorece o interesse da justiça mais relacional que reconhece a vítima – aquela que procura por justiça; de outra parte, simultaneamente, conduz a um populismo crítico e punitivo. O Estado reorienta a política penal para uma gestão preventiva dos riscos da criminalidade. Dessa forma, ela endossa a produção de uma ciência voltada para a construção do criminoso e sua conseqüente prevenção.

A implicação desse processo foi a deslegitimação das instituições jurídicas nesse contexto de insegurança, alocando um desenvolvimento do Estado e de sua política penal. O sistema de regras dos tribunais revela o teor da moralidade configurada na cultura jurídica. Os elementos constitutivos na dinâmica interativa do corpo social aludem aos construtos culturais nos decisórios políticos penais. O crime toma dimensão de um problema social e o criminoso de um indivíduo que deve sofrer a intervenção de uma política penal para *tratar, normalizar e ressocializar* (VANHAMME; BEYENS, 2007). A questão principal colocada é a inconsistência política e conceitual de um Estado deslegitimado publicamente voltado para garantir a segurança da justiça. A validade interna dessas racionalidades fica comprometida no Estado Moderno, onde constantemente tem-se se recorrido ao controle e ao poder (FOUCAULT, 1975). A política penal, no caminho de busca de sua legitimação, traz uma nova lógica penal, que atribui centralidade à valorização e à autolegitimação de seus agentes e da sua própria atividade, e não a uma política inclusiva do transgressor. (YOUNG, 1999). E

consequentemente, produz uma expansão da penalidade deslocando-se de perfil de Estado social para um Estado social de segurança (MARY, 2001).

Diante desse quadro severo voltado para a reflexão dos contextos sociais nessa relação Estado e sociedade, que configuram essas caracterizações, nota-se a fragmentação da coesão social diante da distensão entre a sociedade e a tutela judicial. Vanhamme e Beyens (2007) revelam, então, diante desse quadro social complexo e diversos fatores no estudo da *sentencing*. Os autores, brandindo uma análise da justiça criminal como um processo contínuo de interação social, orientam a precisão de um quadro teórico que integre os níveis macrossociais, microsociais e interacionais na análise da tomada de decisão no sistema penal. Esses autores, na revisão da literatura, apresentam quatro modelos conceituais no estudo da *sentencing* que têm se destacado, sobretudo, na Europa, como modelos de compreensão da teoria nessa perspectiva da interação social.

3.1.1 Modelo teórico sociobiográfico

O trabalho de Robert, Faugeron e Kellens (1975), na França, buscou analisar as articulações das representações socioprofissionais dos juízes. Essas representações assentariam modelos geradores de conduta nas práticas judiciárias. Os autores destacam a auto-imagem desses juízes na função jurisdicional. Outros pesquisadores revelam a mentalidade geral dos juízes e sua visão sobre a criminalidade e sobre as penas, fornecendo um pano de fundo preciso para a racionalidade dos julgamentos. Goethals (1984) *apud* Vanhamme e Beyens (2007) também se enveredou, em pesquisas americanas, pelo exame das características sociobiográficas do juiz a partir de variáveis como a idade, o gênero, o percurso profissional, as convicções políticas ou religiosas. Essas pesquisas mergulham no universo das representações coletivas dos magistrados, desvendando a distância entre estes e os acusados. A idéia de que as desigualdades sociais são inerentes à sociedade revela uma visão conservadora e, segundo Cnoop Koopmans (1969) *apud* Vanhamme e Beyens (2007), caracteriza uma justiça seletiva. Essa explicação, na maior parte das vezes é assentada pela perspectiva de que a maioria dos magistrados é oriunda de meios sociais favorecidos, não reconhecendo a distância social que os separa dos acusados como um problema na tomada de decisão sobre as

penas. No Brasil, ainda que preservadas a natureza de suas opções metodológicas, pesquisas inovadoras nessa linha de atuação foram sacralizadas por Vianna et all (1997) e recentemente por Morel e Pessanha (2007).

3.1.2 Modelo teórico antropológico

O modelo antropológico guiado por Dray (1999), também desenvolvido na França, ganhou destaque na legitimação moral da tomada de decisão dos magistrados. A incorporação, pelos juízes, do sentido do justo ou da justiça aos outros atores, dos fatos e do próprio direito revelam o domínio da segurança jurídica confluyente num Estado de Direito como bem incondicional na garantia dos direitos fundamentais. Segundo Weber (1999), essa legitimação estaria conduzida pela legitimidade técnico-formal das regras anunciadas e pela racionalidade dessas regras na ação social. Seria uma compreensão de que as ordens estatais são fidedignas do poder político e inscrevem legitimidade na legalidade do poder político legal, nas sociedades modernas. Essa aprovação moral, pela coletividade, na tomada de decisão dos juízes ajusta uma coesão social que integra a sociedade dentro de um tipo de institucionalização. As pesquisas centradas no campo do direito, que se orientam dentro de um juridicismo em detrimento de um comportamentalismo têm mais alcance nesse tipo de modelo. O interesse maior pela ação do direito e pela sua legalidade formal alude, de certa forma, à legitimação do aparelho institucional e à formalização de suas normas. É reconhecida a fragilidade dessa formalização, uma vez que ela estabelece uma distância com a realidade e, dessa forma, compromete sua efetividade.

3.1.3 Modelo teórico sócio-estrutural

Na Bélgica, o terceiro modelo teórico ganhou destaque com Beyens (2000), fundado numa perspectiva sobre a teoria da estruturação (GIDDENS, 1984), baseada em abordagens quantitativas e qualitativas, testando a abordagem da validade da explicação da *sentencing* pela filosofia penal dos juízes. Essa perspectiva coloca o juiz como mediador entre a sociedade e a cultura penal, e a pena como prática social

significativa. Na teoria da estruturação, as propriedades estruturais seriam as instituições mais estáveis na sociedade, dotadas de uma profundidade, implicando na reprodução de totalidades sociais, assentadas nos princípios estruturais. Dessa forma, a autora compreende que a cultura penal das instituições, através da intencionalidade da ação do juiz, estabelece duas dimensões: uma visão punitiva/repressiva e outra visão mais social ressocializadora. Keijser (2000) não coloca essas visões em oposição. Segundo o autor, uma posição favorável à redistribuição não implica necessariamente *a priori* uma contradição à ressocialização, nem vice-versa. Em outros termos, isso implica dizer que o juiz tem um quadro eclético nos crivos decisórios, que não está guiado consistentemente pelos objetivos penais. Segundo a referida autora, a determinação da pena é mais conduzida pelas considerações pragmáticas que pelos princípios filosóficos doutrinários penais.

O interessante nessa moldura teórica é sua versão interpretativa dos tipos de juízes (HOGARTH, 1971): um juiz mais progressista voltado para o tratamento recorre a mais informações no processo, se prendendo à importância de determinados procedimentos da criminalidade e favorecendo a penas alternativas. Já o juiz “clássico” volta-se para associação da pena que ele aplica na dissuasão e retribuição; ele se prende a menos informações, explicando a criminalidade, sobretudo, pelas características pessoais do acusado e se pronunciando mais por penas privativas de liberdade. Assim, enquanto um juiz mostra-se mais íntimo de uma visão mais social e ressocializadora, o outro se volta para uma perspectiva mais repressiva e punitiva na tomada de decisão. O juiz dentro de sua atividade de adjudicação revela sua filiação partidária de uma cultura penal, assim, media a sociedade a partir dessa cultura judiciária.

3.1.4 Modelo teórico sociocognitivo

Por fim, Vanhamme (2005a, 2006) se dirige a um modelo mais complexo, buscando suas bases interpretativas na tomada de decisão na dimensão sociocognitiva. Ela mostra o juiz como um ator social que pode atribuir um sentido à pena e a sua determinação dentro de um construto macroestrutural de seu contexto de atividade. A autora está buscando os elementos cognitivos (nessa macroestrutura sociopolítico-cultural) semelhantes entre os envolvidos na dinâmica processual, que permitam

estabelecer um compartimento dessas referências. Vanhamme (2006) afirma, concluindo, que a tomada de decisão não é mecânica, neutra e objetiva, ela se determina por processos cognitivos, afetivos e morais, pois esses elementos fazem parte do tratamento humano da informação.

Tata (2007), Vanhamme e Beyens (2007) e Prates (2008) são uníssonos na afirmação de que são ainda bastante incipientes as pesquisas empíricas que busquem uma análise que mergulhe no interior das práticas dos juízes e como eles apreendem cotidianamente o discurso da política penal. A *sentencing*, enquanto uma trama teórica desenvolvida para compreender as disparidades, tem um legado teórico vasto que caracteriza duas grandes tradições de estudo. Prates (2008) alude aos dois contextos interpretativos do estudo da *sentencing*: uma abordagem tradicional e uma abordagem sociológica. Um contexto abarca a herança neopositivista, caracterizada pela abordagem tradicional, pois se focaliza sobre o *output*, ou seja, o resultado das decisões através da revelação de variáveis que tentam produzir diferentes resultados. Esses produtos são quantitativos e correlacionais, procuram características estatísticas de fatores inicialmente identificados, procurando detectar e explicar as disparidades. O outro contexto, denominado pela abordagem sociológica, é mais interpretativo, se revela como produto da flexibilidade, revelando que a focalização sobre o *output* representa um risco de interpretação e classificação do juiz, por isso busca outros elementos contextuais da cultura penal, que permitam observar as orientações dos juízes na tomada de decisão. Na perspectiva de compreender melhor suas nuances, vale explicitá-los.

3.2 Abordagem tradicional da *sentencing*

As questões que envolvem essa corrente da *sentencing* se dirigem a problemáticas subliminares, segundo Prates (2008), pois têm como fundamento a questão da causalidade ou correlação das disparidades das penas, a partir de correlações estatísticas entre a decisão e os fatores que poderiam influenciar as variações das penas, no processo de incriminação. Esses fatores podem ser legais e extralegais. Os estudos criminais na Europa, EUA e no Brasil se orientam, na sua maioria, para essa perspectiva, pois recorrem aos fatores extralegais na explicação da decisão judiciária e das características do acusado. Fatores como as questões de gênero (IZUMINO, 1998),

o efeito da raça (VARGAS, 2004; SOARES, 1999), da religião (MACHADO, 2000; ASSIS; CONSTANTINO, 2001), dos locais do crime, e, como dado alternativo, a posição social (SOARES et all, 2007; BEATO FILHO, 2007) fazem parte de um *corpus* de análise quantitativa profundamente pertinentes à análise do crime, favorecendo uma visão mais real da ocorrência dos fatos, na medida em que se consegue radiografar as tendências do crime. As políticas de segurança se assentam sobre essas pesquisas que disponibilizam um construto analítico consistente sobre o crime.

Contudo, para a *sentencing*, esse campo de análise não dá conta dos elementos que podem definir um paradigma mais interpretativo do ator dentro de seu contexto organizacional. As críticas severas ao modelo tradicional da *sentencing* voltam-se, sobretudo, para a compreensão das ciências na lógica da construção epistemológica dos saberes práticos. Segundo Vanhamme e Beyens (2007), a pesquisa de *sentencing* tradicional se dirige à lógica do paradigma neopositivista que reage melhor a essa configuração, na medida em que apreende essa realidade material, computável. As resistências se dirigem aos resultados (*output*) das decisões cognitivas, colocando evidência nesses resultados estatísticos. Segundo Tata (1997), a abordagem tradicional reduz a análise nessas decodificações do comportamento humano dentro das formulações matemáticas. Vanhamme e Beyens (2007) criticam também o isolamento de cada variável para testar sua relação com a decisão do juiz. Hutton (2002) também acredita que o domínio dessa abordagem filosófica penal sobre o processo condenatório é insuficiente para a compreensão prática da sentença. O autor desafia esse conhecimento mais prático quando afirma:

The philosophical approach to the study of sentencing, which has dominated sentencing scholarship, offers relatively little assistance in understanding sentencing practice. Sentencing decisions are the conscious actions of social actors. The consciousness of judges, that is the values they hold, the ways in which they think and the categories they employ in this thinking, is a vital element in the production of both routine patterns of sentencing, divergence from these patterns and change in these patterns over time. Sentencers are not making ad hoc individual decisions in a vacuum. The exercise of discretion should not be seen as hermetic personal act of decision-making. The exercise of discretion is a social practice (HUTTON, 2002, p. 505).

O autor reforça o debate, acusando a visão tradicional de desenvolver um processo cognitivo individual, onde o magistrado fica associado a um ser hermenêutico (que interpreta o texto legal), dentro de um vácuo social, deixando de fora todas as dimensões sociais e organizacionais que poderiam compor um elemento chave no processo decisório do juiz. Prates (2008) aponta outros limites da abordagem

tradicional, quando afirma que uma visão mais de perto revela a artificialidade da decomposição do contexto social no movimento de um fator estatístico, ou a armadilha metodológica que se realiza nessa individualização dos fatores, atribuindo uma orientação quase que direta a uma lógica causal. Segundo a autora, as práticas jurídicas (o direito e a pena) não são realizadas num vácuo social, estão inexoravelmente associadas ao desenvolvimento político-institucional das instituições. Portanto, a percepção de suas mais diferentes problemáticas fica absolutamente restrita quando se isola essa compreensão em fatores. Ela reitera suas colocações, afirmando não ser, a *sentencing* tradicional, capaz de conhecer a complexidade do processo decisório.

Há leituras mais extremadas, como a de Henham (1988), que nega a existência de influência dos fatores extralegais nos decisórios jurídicos. Em suas palavras:

(...) there are no consistent differences between magistrate's views on the application of certain sentencing principles and social background characteristics such as sex, social class, and political party affiliation (HENHAM, 1988, p. 202).

De modo geral, a questão da teoria da *sentencing* explora a abordagem segundo a qual a compreensão dos magistrados sobre os objetivos da pena podem definir o processo de tomada de decisão. Essa seria a forma mais audaz de apresentar a dinâmica da abordagem tradicional, pois é a partir desse entendimento da forma como os juízes reagem ao processo de dissuasão e supervisão das penas que concentram as suas orientações decisórias. Os juízes podem se guiar a partir da dissuasão, se compreendem a sanção como um instrumento expiatório da sociedade, focalizando a pena na gravidade dos fatos; ou podem se orientar para supervisão das penas, quando regulam uma sanção mais individualizada, buscando o magistrado, sobretudo, influenciar o comportamento futuro do acusado (PRATES, 2008). Na versão brasileira, seria uma aproximação ao dualismo penal da culpabilidade (individualização da pena) e a periculosidade (sanção na prevenção). Contudo, como foi mostrado anteriormente, esse mecanismo de orientação é dual no Brasil, pois os magistrados os aplicam dessas diferentes formas. Assim, a teoria da *sentencing* está tentando mostrar que é justamente o acolhimento dessa ou da outra orientação que revela o significado fenomenológico do processo decisório (HOGARTH, 1971). Para melhor elucidar os critérios decisórios das sentenças apresenta-se, a seguir, a discussão pormenorizada dos critérios legais e extralegais.

3.2.1 Critérios legais

Esse critério se volta para a discussão dos elementos mais diretamente dirigidos na doutrina penal, observando os elementos que envolvem a aplicação da regra jurídica. Os mecanismos processuais se ajustam a uma disposição retórica dos magistrados na classificação dos comportamentos delituosos. Dessa forma, o universo de valores que se dimensiona na figura do magistrado orienta os dispositivos filosóficos penais.

O elemento da doutrina penal que se aplica nesse critério é a gravidade dos fatos. A avaliação da gravidade, no seu aspecto formal, é o momento em que o magistrado revela suas preocupações, sua disposição sobre os eventos no seu entorno, pois é nesse item que ele enquadra a norma jurídica à circunstância do crime, aos comportamentos deferidos durante o ato do delito. As agravantes, as atenuantes são cobertas nesse momento. A *sentencing*, contudo, revela que não são os fatos da violência, necessariamente, que vinculam as penas mais pesadas, mas, sobretudo, os elementos valorativos colocados com grau de importância pela cultura judiciária penal no contexto social, ao qual essa norma se aplica (VANHAMME; BEYENS, 2007).

Segundo essas autoras, os juízes finlandeses e ingleses dizem como se aplica a gravidade dos fatos a partir de uma escala dos valores que ocupam suas preocupações.

3.2.2 Critérios extralegais

A abordagem tradicional consiste numa perspectiva mais formal e objetiva dos modelos filosóficos penais (MEARS, 1998 *apud* PRATES, 2011) e se constitui pelos dois aportes nos determinantes dos decisórios das sentenças: os critérios legais, analisando a natureza do delito ou a gravidade dos fatos; e os critérios extralegais, focando nas características dos acusados (os antecedentes criminais, o gênero, a posição social e a origem étnica). Para melhor esclarecer esses critérios extralegais, **é crível** sua discussão pormenorizada.

3.2.2.1 Os antecedentes criminais

Essa variável especificamente incorre na discussão sociológica configurada pelos estudos do passado do agressor (BEYENS, 2000; VANHAMME, 2005a; PARKER et al, 1989). Esse passado tem um princípio penal caracterizado por antecedentes criminais, considerado pelo juiz como uma característica pessoal importante no processo de elementos que envolvem sua tomada de decisão. Sem dúvida, é um dos elementos mais incriminatórios do processo penal, dentro dos critérios extraleais. O fato de o agressor incorrer nessa categoria pode conduzi-lo à prisão, considerando sua prática reincidida, não necessariamente no mesmo comportamento delituoso, mas na aventura prática do crime de modo geral. A lei, segundo Vanhamme e Beyens (2007), arrefece qualquer possibilidade mais furtiva de sua absolvição, inclusive quando ela atribui gravidade a essa condição.

O fato também de ter sido um encarcerado induz a uma percepção negativa da moral do agressor ou acusado, por parte dos magistrados, o que não deixa de ser contraditório. Afinal, a instituição jurídica se coloca arauto de uma garantia do processo de ressocialização do criminoso. Logo, sua recorrente incriminação revela um afrouxamento nos princípios liberais, nos quais se assenta o Estado de direito. De qualquer forma, essa condição do acusado caracteriza a indicação, para os juízes, de uma delinquência latente, bem como de um elemento de insubordinação social, que deve sofrer sanção da justiça.

Certamente, o filtro seletivo, diante do alcance da proteção, que se estabelece frente a determinados agressores, não se faz de forma explícita, aguerrida pelos operadores do direito, nem tão pouco pelos tribunais, mas se dinamiza pelas práticas sociais, claramente percebidas, através da subjetividade das ações sociais (WEBER, 1999). A qualidade dos agressores está quase sempre associada à variável distintiva de seu passado judicial. A problematização ora colocada pelo passado judiciário, aqui assentado como componente valorativo na dinâmica dos tribunais, é identificada de forma particular pelos documentos legais definidos na iniciativa jurídica, impressa pela própria instituição judiciária, no momento em que o acusado está no alcance de um processo criminal. O pedido do juiz entra como uma solicitação oficial aos “autos”.

3.2.2.2 Questões de gênero no crime de estupro

Para o estudo da *sentencing*, as aplicações dessa questão de gênero se dirigem ao acusado, ao agressor. Entretanto, a questão de gênero no crime de estupro, particularmente, está muito associada à composição da criminalidade na condição de vítimas. Não é que não se reconheça a prática desse crime com homens vítimas, mas a aplicação da regra jurídica restringe essa concepção mais ampla³⁹, focalizando o delito somente em homens como sujeitos ativos do crime. Em razão dessa configuração particular do estupro, sendo homens os autores do crime, não se aplica um estudo específico sobre homens. Nesse sentido, a discussão dessa questão de gênero, por uma opção pessoal neste trabalho, faz inferências tanto para a questão do acusado, quanto para questão da vítima, uma vez que se reconhece que existe uma disposição dos tribunais para a “qualidade” dessa vítima na aplicação das penas das sentenças.

É claro que essa associação entre homens e mulheres também implica numa hierarquização dos crimes. De quais crimes as mulheres são mais vítimas e de quais crimes os homens são mais vítimas? A caracterização dos condenados, das vítimas, a evolução dos tipos de crimes... enfim, todas essas questões merecem atenção particular.

As questões de gênero destacam que o perfil das estatísticas criminais anuncia que as mulheres cometem menos crimes que os homens; elencam ainda que as mulheres sejam mais vítimas de determinados delitos. As evidências empíricas não podem ser analisadas apenas como um compêndio disperso de dados, mas, sobretudo, como um dispositivo (na acepção de Foucault) presente nas relações sociais que representam o domínio do masculino e a subordinação do feminino. Cano e Ribeiro (2007) destacam que as vítimas da violência letal (homicídios) no Rio de Janeiro, no Brasil e no resto do mundo são, preferencialmente, do sexo masculino. Fraga (2010), num estudo sobre homicídio na Bahia, também afirma essa declaração. Soares (2000) afirma que a taxa de homicídios de homens na cidade do Rio de Janeiro é 14 vezes superior a de mulheres, declarando o quão gritante é essa relação tanto para vítimas quanto para agressores.

Estudos na década de 70 começam a ser apreciados revelando essa tendência nas estatísticas, que mostravam, particularmente, que os contextos das transgressões criminais se estabelecem de diferente forma entre o universo masculino e o universo

³⁹ Somente com a lei nova do estupro essa concepção foi ampliada, mas essa lei recente não se aplica nesse estudo.

feminino. Esse movimento também observou que a inserção das mulheres no sistema criminal na condição de vítima revelou uma ligação estreita entre as suposições das questões de gênero e os papéis desempenhados para a condição do feminino e masculino na sociedade. Dessa forma, a recorrência de determinados crimes, sobretudo os ligados a questões sexuais, caracterizou mais diretamente essa relação entre crime e gênero. A literatura⁴⁰ é consensual a esse respeito: a violência sexual é um crime de gênero. Dessa forma, o discurso feminista renega o termo violência doméstica, por considerar o limite dessa acepção na sua análise sobre o estupro (VILHENA; ZAMORA, 2004). É lugar comum nessa literatura a referência ao patriarcado como fonte ampla de disseminação de valores masculinos na sociedade de forma hegemônica. Contudo, essa associação não está apenas dimensionada na prática do estupro, mas na elasticidade do funcionamento das sociedades sexualmente hierarquizadas, como expõe a autora:

Certamente a violência de gênero é apreendida e endossada socialmente. Sua freqüente recorrência aponta para um modelo dotado de razoável consistência – mas será universal? Ao excluir do horizonte feminino outras possibilidades para a violência, que não o desejo de poder e controle masculinos, o discurso feminista termina não apenas empobrecendo a complexidade e singularidade das experiências vividas, como reduzindo, inexoravelmente, as mulheres à condição de tão somente vítimas (VILHENA, 2001, p. 67-68).

A condição das vítimas mulheres foi de certa forma ignorada pelo sistema criminal, sobretudo o que tange aos crimes sexuais, como foi visto enfaticamente nos capítulos anteriores, inclusive com relação ao seu acesso aos tribunais, exigindo certo esforço por parte das vítimas. As práticas jurídicas colocam a vítima diante de um constrangimento que muitas das vezes não só inibe como revitimiza. Para se ter uma verdadeira noção de como isso, de fato, se caracteriza no crime de estupro seria preciso aumentar cada vez mais as iniciativas jurídicas por parte das vítimas, de modo que as análises estejam mais próximas do fenômeno. Como o crime de estupro tem um alto índice de subnotificação, ainda exige um esforço por parte dos especialistas para romper esse silêncio. Giddens (1993) reforça essa análise, na medida em que afirma que a compreensão social da “feminilidade” afeta diretamente as experiências das mulheres no sistema criminal.

Heidensohn (1985) tem um estudo interessante que mostra o duplo padrão assentado no sistema criminal: de uma parte, observou a representação coletiva de que a

⁴⁰ Ver: SOARES, 1999 ; VILHENA, 2001; VILHENA; ZAMORA, 2004.

violência masculina impetrada em mulheres tem uma percepção de um fenômeno “natural”, ou seja, bastante relativizado pelas práticas jurídicas; por outro lado, os delitos femininos se reportam às justificativas voltadas para argumentações de desequilíbrios psicológicos, desqualificando-as. É claro que isso também se enquadra nos argumentos da defesa de homens, mas, em relação ao universo feminino, essas práticas são mais bem internalizadas pelos tribunais. Ele afirma ainda que as mulheres sofrem mais severidade penal, quando os comportamentos delituosos cometidos por elas não se enquadram nos papéis definidos socialmente para as mulheres. Isso ocorre quando a situação envolve, por exemplo, mulheres ditas “promíscuas” em relação a homens “trabalhadores”. Em contrapartida, os tribunais são mais indulgentes quando a prática do crime está caracterizada por uma precariedade social, na condição essencialmente “feminina”, como roubar um mercado para garantir alimento para um filho, ou seja, o delito está associado ao seu papel materno, ao instinto de sobrevivência. **É crível** observar que a questão de gênero não se limita à desigualdade entre homens e mulheres, mas à condição do feminino e à condição do masculino, inclusive, levando em consideração a homossexualidade. Afinal, a discriminação desse grupo está *também*⁴¹ associada à condição feminina no seu comportamento. O perfil “fragilizado”, associado à condição feminina, estereotipado pela literatura e arte de modo geral, depõe contra sua integridade, na medida em que as representações coletivas instituem mecanismos de poder e dominação sobre esses grupos.

Outro autor que analisa essa ampliação nas relações de gênero é Connell (1987), no livro *Gênero e poder*, quando ele define o conceito de masculinidade hegemônica, estabelecendo o domínio soberano da masculinidade diante de outras formas de masculinidade e de feminilidade na sociedade. O autor mostra que esse domínio não se realiza pela força bruta, mas se assenta numa dinâmica cultural que legitima essa hegemonia, onde eles sustentam seu poder e aquilo que muitos homens são inclinados a apoiar. Ele reitera que as relações de gênero são estabelecidas sob o tripé estrutural: trabalho, força e catexias (relações pessoais/sexuais), que interagem de forma articulada e controlada, operando, nas relações sociais, com uma ideologia nas instituições inspiradas pela autoridade e violência simbólica nos canais de socialização (família, escola, igreja, mídia, direito etc.). Para esse estudo em particular, o domínio da

⁴¹ Para ver maiores detalhes nesse processo de estigmatização da condição do feminino em pessoas do sexo masculino ver WELZER-LANG, D. *A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia*. Revista de Estudos Feministas, nº 2. Florianópolis: UFSC, 2001, p.460-482.

catexia ganha destaque, pois, vai articular os domínios da subordinação feminina nas relações íntimas, emocionais e pessoais nas quais se inscreve a sexualidade.

Segundo Vanhamme e Beyens (2007), há uma vasta literatura que explica o tratamento diferencial das mulheres nos tribunais. Pollack (1950) *apud* Vanhamme e Beyens (2007) identifica um comportamento paternalista dos magistrados (homens) com relação às mulheres, que induz a penas mais leves para esse grupo social. Para outros (DALY, 1987), o custo social e familiar da pena é levado em conta, quando mulher ou homem são condenados, voltando a questão para a proteção familiar. Outro autor (GELSTHORE, 1996) revela dois comportamentos diferentes na categoria de avaliação de seus critérios: os acusados que têm problemas e os acusados que fazem o problema. As mulheres se enquadrariam na categoria que tem problemas, logo, precisam *a priori*, antes de serem punidas, serem ajudadas. Quanto mais próximas de características masculinas, mais próximas de “papéis masculinos”, os magistrados ficariam menos indulgentes. Nesse caso, a questão se coloca para a expectativa dos juízes, quanto ao desempenho dos papéis femininos na sociedade. De qualquer forma, verifica-se o tratamento diferencial e o contexto de poder entre os gêneros.

3.2.2.3 As classes sociais no estupro – a posição social

Essa variável especificamente incorre na discussão clássica sociológica configurada pelos estudos de classe, estratificação e desigualdade social. Os legados clássicos da teoria do conflito (Weber e Marx) orientam o foco de análise centrado nas desigualdades, buscando elementos próprios nas suas especificidades teóricas no processo de mudança social. Wright (1997) tenta convergir esse *corpus* teórico, combinando aspectos dessas distintas abordagens, a partir de uma releitura dos estudos sobre classes, inclusive, criando uma tipologia própria para a realidade brasileira, perfazendo um escalonamento maior entre os antagonismos de classe.

Contudo, para efeito desse estudo, o conceito de classe melhor aplicado deve-se a Weber (1999), na questão de *status* referindo-se ao prestígio, à “honra social” atribuída às vítimas ou o “desprestígio social” para os acusados. A racionalização do *status* social é que será objeto de diferenciação. Entretanto, é importante destacar que, conforme ressalva Giddens (1991), há uma limitação significativa desses esquemas de

classes, sobre os quais a teoria se debruça, sobretudo na aplicação para os acusados. Segundo o referido autor, a determinação dos esquemas de classe está associada aos grupos ocupacionais, considerando o universo de acusados desempregados, que não se enquadram um grupo economicamente inativo (op.cit) e não refletem indicadores suficientes para essa composição classificatória.

Certamente, o filtro seletivo, diante do alcance da proteção que se estabelece frente à determinados acusados, não se faz de forma explícita, aguerrida pelos operadores do direito, nem tão pouco pelos tribunais, mas se dinamiza pelas práticas sociais, claramente percebidas, através da subjetividade das ações sociais (WEBER, 1999).

3.2.2.4 Grupos étnicos e o estupro

Uma das primeiras dificuldades dessa variável se insere na dispersão das categorizações de raça/cor⁴² tanto nas vítimas, quanto nos agressores. Essa dificuldade já fora palco de profícua análise de Fernandes (1972), revelando os ajustes e apropriações variadas dessas categorizações nas relações sociais. Analisar como as pessoas se classificam implica também em observar os contextos, uma vez que essas categorizações não são definitivas, absolutas. É claro que isso vem mudando consideravelmente ao longo dos anos, sobretudo, em razão da condição política em que os grupos étnicos se inscreveram ao longo da história. Num estudo recente sobre o estupro, Vargas (2000) explicou que a categorização da variável cor/raça é definida, sobretudo, pela declaração da vítima, onde ela afirma uma classificação própria (não tem opções previamente colocadas para serem escolhidas) durante a realização do boletim de ocorrência ou, em caso da condição de indiciado que é acometido por prisão flagrante, na oportunidade da formalização do documento feito pela polícia e transcrito para o mesmo, de modo que ele confirme as declarações firmadas no registro. A autora reforça ainda que a padronização é responsabilidade da organização policial. Esse elemento é importante, pois, uma vez que essa variável tem efeito aglutinador negativo nos decisórios jurídicos, sua catalogação também promove implicações sistemáticas.

⁴² As definições desse conceito seguem a orientação de Fry (1996), considerando que o termo está associado a uma formulação científica, marcada pela historicidade e socialmente construída sob determinados signos. Portanto, não deve ser apreendido de forma uniforme, mas contextualizada numa dada cultura.

Vargas (op. cit.) coloca uma questão central sobre essas implicações que é a possibilidade de manipulação “de identidade realizada em relação à cor do suspeito como recurso da vítima para tornar mais convincente um relato de estupro” (p. 167).

De qualquer forma, os grupos étnicos, a partir da variável raça/cor também aparecem e se mantêm como vulneráveis em algumas estatísticas. Ribeiro, Batitucci e Soares (2007) destacam como os negros e negras são desproporcionalmente mais atingidos por homicídios que pessoas brancas. No Dossiê Mulher (2010), os grupos classificados como pretas e pardas (negra na categoria do IBGE) correspondem a 54% do total de 72,9% de mulheres vítimas de estupro e atentado violento ao pudor.

Fraga e Martins (2010) evidencia também, num estudo sobre homicídios na Bahia, que a vitimização desse evento por negros apresenta taxas elevadas. Inclusive com aumento do percentual entre os anos de 2005 e 2007. Acrescenta-se a esse universo, populações tradicionais como indígenas que, historicamente, também sofreram com sevícias, como pode ser observado no Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos - EPT da ONU (2011), que declara que mais de uma em cada três mulheres índias são estupradas durante a vida. Outra questão que se destaca é a manifestação recorrente de estupro e outros tipos de violência sexual como tática de guerra. Segundo levantamento da ONU⁴³ (2011), os conflitos de guerra em países como por Afeganistão, Chade, República Democrática do Congo e Sudão, continuam a apresentar dados sobre a ocorrência desse crime, bem como foi elemento de tortura para as mulheres na guerra da Bósnia. A vulnerabilidade social desses grupos corresponde a uma relação direta entre crime e raça.

Estudos (DENNEY, 1998), também em busca de explicações racistas, destacam a causalidade entre a composição étnica maciçamente branca dos tribunais e dos operadores do direito, de modo geral, e as condenações de negros e a indulgência nas práticas jurídicas com vítimas negras. Há estudos de vitimização que também declaram uma estigmatização no processo de incriminação, quando revelam as probabilidades de interpretações valorativas para determinadas práticas transgressoras realizadas por grupos étnicos e crimes.

⁴³ Dados do Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos – EPT, em 2011. Segundo o documento, o Secretário Geral da ONU, numa orientação normativa, está solicitando ao Conselho de Segurança da instituição, uma ação mais decisiva junto ao Tribunal Penal Internacional em relação aos crimes de estupro e outras violências sexuais, durante os conflitos de guerra. O órgão também orientou a criação de uma Comissão Internacional sobre estupro e violência sexual.

Um estudo notório de Moutinho (2004), discutindo as relações afetivas-sexuais inter-raciais, destacou dados significativos sobre a questão da sexualidade nas relações inter-raciais. A autora afirma que permeia o imaginário social no Brasil uma lógica hierárquica, tal qual a atribuída à relação de gênero, que se assenta em práticas culturais numa dinâmica de dominação. Ela reitera que o que vale para as práticas de gênero, vale para as práticas de raça/cor. Esse dado é revelador, pois a autora explica como esse paradigma se estabelece na sociedade brasileira, no imaginário coletivo, a partir da incitação do mito da hiper-sexualidade das mulheres negras, provocado inicialmente pela literatura sociológica do pensamento social brasileiro (FREYRE, 2002; PIERSON, 1942; BASTIDE; FERNANDES, 1971). Esse dado mostra como esse mito se compadece nas relações sociais a partir do erotismo. Isso, sem dúvida, elenca um espectro de incitação coletiva que naturaliza os elementos decodificadores da dominação, sobretudo, de homens brancos com relação a mulheres negras. As iniciativas sexuais e a percepção do domínio sobre esse grupo naturalizam e descriminalizam as práticas do estupro, tal qual no período escravocrata. Peter Fry⁴⁴ destaca que sobre esse tema muito se fala e pouco se conhece diante de estudos e análises sociológicas. Essa tolerância informal dessas práticas, sem dúvida, é fruto dessa herança.

Outra questão importante passa pela crítica de feministas negras às feministas brancas, que são acusadas de terem caído na armadilha de considerar suas experiências de mulheres em oposição às experiências das mulheres negras, subordinando-as. Dessa forma, as relações hierárquicas se reproduzem dentro do mesmo grupo social, conduzindo a uma prática estatal. (AMOS; PARMAR, 1984). Essa concepção é significativa numa observação das práticas jurídicas dos operadores de direito em relação à condição feminina. A distância social que elas se colocam não se caracteriza só pela condição social, mas também pelo componente raça/cor. Ressalva-se, é claro, que isso não traduz uma uniformidade dos atores envolvidos nos tribunais, mas não deixa de revelar uma prática de um segmento desse contexto institucional.

A “batalha das cores” de Roger Bastide e Florestan Fernandes (1971) é restabelecida aqui sob novas configurações: na sujeição criminal (MISSE, 1999); nas estatísticas criminais; na vitimização de mulheres nas práticas jurídicas e sociais; nas

⁴⁴ Prefácio de Razão, Cor e Desejo, de Laura Moutinho, 2004.

representações coletivas sobre a sexualidade; e, por fim, no campo hierárquico das feminilidades.

3.3 Abordagem sociológica da *sentencing*

A abordagem sociológica tem apresentado muitos seguidores no debate internacional, por assumir um espectro mais holístico, contextualizando o fenômeno da tomada de decisão. As orientações metodológicas dessa abordagem são dimensionadas no contexto social em que o processo decisório se manifesta e se focaliza em aportes interpretativos mais amplos do que os resultados. As pesquisas empíricas são caracterizadas pelos métodos qualitativos, uma vez que o paradigma interpretativo desse modelo busca analisar o ator a partir de um contexto organizacional e suas interações sociais presentes. Lynch (1997, p. 99), numa alusão entusiástica dessa abordagem interativa do juiz, declara:

The judge I describe is not a secretly or invisibly motivated judge, but a judge who speaks, acts, and overhears what other parties say in the courtroom (...) The judge is publicly available in the embodied production of the hearing. This judge is not a social-psychological actor, a dependent locus of sociological variables, or a dramaturgical role in the staging of the hearing. The judge's analytic status is not exhausted by rational decision making procedures, or by pre-judicial personal and social attitudes. Instead, the judge is a social fact (...).

Prates (2008) toma esse instante como um fenômeno social, em busca da verdade sobre o procedimento e apresenta a referida abordagem a partir de três perspectivas, a ver separadamente a seguir.

3.3.1 Sentencing enquanto um fenômeno contextualizado

Segundo a autora o fenômeno contextualizado revela a complexidade da tomada de decisão em seus diferentes contornos, nuances interações e paradoxos próprios das vicissitudes dos complexos sociais. A teoria pode observar um contorno compreendido numa dimensão **macrossocial**, num contexto mais amplo do processo punitivo. A leitura aqui se assenta na punição, na tomada de decisão como uma atividade mais ampla e não apenas como um efeito desse mesmo contexto. Já a

dimensão **microssocial** vai assentar uma prática localizada, enquanto atividade colaborativa, uma vez que ela converge uma cadeia mais ampla, interagindo com diferentes atores penais (atores judiciais, acusados, vítimas). Cada ator nesse contexto desempenha um papel significativo na tomada de decisão, segundo a autora, através da construção e transmissão de informação. As duas dimensões são partes integrantes do mesmo universo contextual, caracterizando a cultura jurídica.

3.3.1.1 Cultura Jurídica

Há de se considerar as diversas percepções dos grupos sociais das situações litigiosas e os níveis de tolerância diferenciados diante das injustiças em que se traduzem na cultura jurídica. Como observa Souza Santos: “Por essa razão, níveis baixos de litigiosidade não significam necessariamente baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos” (1996, p.22). A idéia de compreender a tomada de decisão dos magistrados significa mergulhar no universo de atuação dos tribunais para compreender a cultura jurídica engendrada nessas instâncias decisórias. O conceito é importante para entender essa articulação entre as instâncias judiciais e a esfera política. No dizer do autor:

A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania. Nesse nível, distingue-se da cultura jurídico-profissional, que respeita apenas aos profissionais do foro é que, como tal, tem ingredientes próprios relacionados com a formação, a socialização, o associativismo etc. (SOUZA SANTOS, 1996, p. 19).

A cultura jurídica é caracterizada pelas práticas jurídicas e aduz a uma concepção normativista, técnico-burocrática, manifestada de diferentes maneiras pelos tribunais, em diferentes contextos históricos e espaciais. Sem, no entanto, deixar de se revelar uma lógica no paradigma jurídico dogmático quase sempre hegemônico.

A *sentencing* busca trazer uma abordagem nesse contexto institucional na atividade adjudicante a partir da cultura jurídica. Segundo as pesquisas de Beyens

(2000), Tata (2002) e Hutton (2006), existe uma cultura penal tácita oriunda de um processo de socialização profissional adquirida durante o início da carreira dos magistrados e que interage dentro de uma rede de trocas de informações que são colocadas como perfil de boas práticas de tomada de decisão (VANHAMME, 2006). Seria uma forma inicial no processo de aquisição de referências laborais, nas quais os juízes se projetam na imersão de sua vida profissional. Dubar (2005) também alimenta esse debate da socialização profissional apresentando os processos essenciais pelos quais uma profissão se transforma numa organização fechada, utilizando-se da missão que lhe é desempenhada, dentro do *corpus* profissional em que atua. O autor revela que nos sistemas profissionais fechados, nos quais as organizações burocráticas públicas se enquadram, os padrões estáveis de relações nos ofícios implicados são estabelecidos pelo controle de uma carreira, no caso, os magistrados. Observa-se, ainda, a existência de porta-vozes que legitimam a profissão dotada de uma identidade jurídica que amplia suas vantagens jurídicas e sociais nas relações de poder, através da legitimação de seu *status* social. Esse mecanismo orienta essa organização para persuadir a opinião pública e o próprio Estado na importância de sua competência profissional.

Vianna et all (1997) atribui um diferencial para análise da magistratura brasileira. Segundo os autores, a composição de um marco valorativo e um sistema de orientação dos juízes, revelou-se de forma particular na sociedade brasileira, em razão do modelo de modernização do país foi associado a uma não previsão de recursos formais no processo de interação dos magistrados. A evolução política não rompeu totalmente com o passado, logo o processo de recrutamento das elites não estabeleceu um marco valorativo, fruto de uma contínua reelaboração ao longo dos anos.

A forte adesão aos apelos corporativos na tomada de decisão revela também sua inexperiência, seu processo de familiarização com a práticas de adjudicação, bem como sua insegurança diante de atos profissionais tão meritórios. Alguns magistrados perduram nessa coesão, outros assumem posições mais autônomas. Contudo, a racionalidade interna das práticas dos tribunais estabelece uma coesão entre esse grupo jurídico, mas os distancia de outros poderes e da sociedade de modo geral quando se assentam nessa orientação normativa.

Beyens (2000), particularmente, revela que nesse contexto social há uma cultura penal invisível que circula na rede de relações e cooperações desse grupo, estabelecendo uma uniformização de certos padrões de penalização. Dessa forma, as

disparidades das penas são relativamente controladas, apesar da primazia do poder decisional dos magistrados. Essa relativa uniformização na aplicação das penas conduz ou induz as tomadas de decisões dos juízes a se conformarem com os tribunais, sobretudo para sua legitimação tanto pessoal (sua decisão sendo levada a sério, não sofrendo sanções de suas atividades adjudicativas nos tribunais de outras instâncias), quanto à legitimação do sistema judicial penal.

Souza Santos (1996) coloca nesse debate uma discussão importante com relação à neutralidade política dos tribunais. A opção por um desempenho clássico, reativo, no processo de adjudicação nas microlitigações, de fato, pode manter uma relativa independência com os outros poderes do Estado. Contudo, há uma implicação nefasta para sua legitimação diante da sociedade. Ao negar sua cota de responsabilidade política diante de uma magistratura mais “democrática”, protagonizando o uso alternativo dos direitos, ceifaria seu enfrentamento à contradição entre a igualdade formal e a justiça social. O protagonismo político, sobretudo dos tribunais de primeira instância, que revelam mais o uso alternativo na aplicação das penas, por sua proximidade com as realidades vividas pelo usuário da justiça penal, estaria limitado, então, essa tendência de coadunamento com as decisões do grupo.

Outra implicação importantíssima nesse debate é que a manutenção de uma lógica cultural punitiva clássica, presa no enquadramento do acusado, do réu, retiraria a vítima da centralidade do debate político penal, tipificando-a como elemento exterior ao processo jurídico. Isso porque revelaria seu distanciamento da opinião dessa vítima, bem como das representações da opinião pública, uma vez que se além às representações dessa cultura jurídica, de sua própria representação, e somente depois se além às representações da vítima e da sociedade de modo geral.

A lógica da cultura profissional jurídica, segundo Beyens (2000) e Robert (1989), ao caminhar nessa direção da cultura invisível, disassocia os magistrados de suas próprias decisões preliminares sobre os fatos. Sua atitude mais progressista diante do processo de tomada de decisão nas sentenças, revelaria a desnaturalização política de suas práticas. Contudo, os autores insistem em afirmar que os magistrados se afastam do uso alternativo das penas (grande parte desconhece a forma de aplicação⁴⁵) para antecipar a execução presumida das penas. Enfim, se os juízes seguissem a “tendência”,

⁴⁵ Para crítica ao modelo da justiça restaurativa no Brasil ver: ALEIXO, K. C. Justiça Restaurativa nas escolas: “novas” alianças e “velhas” estratégias. *Revista Especiaría – Cadernos de Ciências Humanas*. VS 12 e 13, ns 22 e 23, jul./dez. 2009 e jan./jun.2010.

não correriam o risco de sua decisão não ser mantida pelos tribunais de outras instâncias.

Também nesse linha da legitimidade dos tribunais pela cultura jurídica, estudos (VAN DIJK et all, 1990; OUIMET; CUSSON, 1990 *apud* VANHAMME; BEYENS, 2007) mostram que existe uma concepção de punitividade⁴⁶ maior por parte da sociedade do que propriamente dos magistrados. Mas as críticas (MORGAN, 2002; HOUGH, 2002b *apud* VANHAMME; BEYENS, 2007) a esses trabalhos foram observáveis, em razão do enfoque metodológico desses estudos. Os autores revelaram que grande parte do público em geral se sente satisfeito com as penas aplicadas pelos juízes, mesmo quando elas são mais leves. Essas revelações impíricas parecem não coadunar com a realidade brasileira, sobretudo para os crimes sexuais que sofrem severa indignação social. A constatação recorrente no imaginário social é que as penas são leves demais para esses crimes, bem como os magistrados mostram-se indulgentes na maior parte das vezes.

A natureza intersubjetiva da independência dos juízes ressalta no debate, revelando que, além dessa racionalidade interna do mundo judiciário, outras influências entram em jogo no processo de tomada de decisão dos magistrados (VANHAMME; BEYENS, 2007). O debate internacional revelou interlocutores também no Brasil, no que tange às particularidades dessas influências, destaca-se o crescimento seletivo da lei penal (PINTO, 2006); o recrudescimento do Estado punitivo (ALVAREZ, 2002; MACHADO, 1995; MISSE, 1999, dentre outros); a capacidade carceral local (COELHO, 1986; PAIXÃO, 1987; ADORNO, 1998; CALDEIRA, 2004; SALLA, 2006), bem como o controle exercido pela estrutura dos policiais (KANT DE LIMA, 1995; CANO, 2000; LEMGRUBER, 1999; PAES-MACHADO, 2002).

Nesse caminho sinuoso para captar esse engendramento social dos magistrados, a etnometodologia de Garfinkel parece oferecer um caminho metodológico na abordagem que busca as práticas sociais. As circunstâncias práticas desenvolvidas pelos magistrados no processo rotineiro de suas atividades ordinárias na socialização profissional assentariam suas racionalidades. É, justamente, nessa racionalidade prática imersa desses atores que estariam os verdadeiros sentidos que orientam as ações dos juízes. Dessa forma, na captação desse raciocínio prático “orientador” de suas decisões,

⁴⁶ Adorno (1998), no Brasil, também revelou essa obsessão punitiva da sociedade brasileira.

pode-se observar o comportamento socialmente organizado (COULON, 1995^a) como membro dos tribunais. Segundo Coulon, um membro é

uma pessoa dotada de conjunto de modos de agir, de métodos, de atividades, de *savoir-faire*, que a fazem capaz de inventar dispositivos de adaptação para dar sentido ao mundo que a cerca. É alguém que, tendo incorporado os etnométodos de um grupo social considerado, exhibe “naturalmente” a competência social que o agrega a esse grupo e lhe permite fazer-se reconhecer e aceitar (Coulon, 1995a, p. 48).

Os magistrados, enquanto membros de um grupo, seriam aqueles que dominam uma linguagem comum ao grupo e, dessa forma, revelariam seu *status* político.

3.3.2 Sentencing como atividade colaborativa e interacional

Prates (2008) revela nessa perspectiva o holismo metodológico, quando engendra a compreensão do processo decisório tomado pela influência dos fatos sociais. A autora enfatiza que essas dimensões colaborativas e interativas fazem parte de um canal penal de circulação de informações, vínculos e trabalho que sistematizam uma integração entre os diferentes atores no sistema penal. Dessa forma, a dimensão **colaborativa** se estabelece a partir da transmissão das informações na dinâmica das práticas jurídicas, nas relações do trabalho entre as diferentes instituições de responsabilização. O juiz, enquanto parte de um processo mais amplo, não se atém a um monopólio da decisão, ele compartilha com as outras referências jurídicas sua tomada de decisão⁴⁷. Tata (1997, p. 404) elucida bem esse espírito colaborativo do juiz:

...sentencers do not process interpretation about a case in completely fresh or original way. The meaning which they confer on information is patterned and circumscribed by the construction and reconstruction of the case as it progresses through the criminal process. (...) In this sense sentencing takes place not only in the bench, but at the police station; in the social-work department; in the offices of the prosecution and defence agents and in the relationships between (...) This is not so suggest that sentencers are individually (or as a group) merely the passive recipients of final versions of pre-digested streams of ‘typical whole case stories’, but rather that ‘judicial consistency’ may partly be produced by behaviour of other ‘sentencing agencies’ in the criminal process.

Nessa dinâmica colaborativa, os fatos de um caso são interpretados, e reinterpretados, construídos e reconstruídos constantemente, dentro de uma perspectiva

⁴⁷ É claro que a responsabilidade dessa decisão é do juiz, mas ele pode incorporar com mais generosidade as construções narrativas, ao longo do processo, dos outros operadores do direito, bem como sua disposição quanto às narrativas das vítimas e dos acusados, dos agentes da atividade repressiva. Depende de seu nível de compreensão de seu papel nesse jogo de poder do complexo social do sistema criminal.

que compartilha os saberes ali distribuídos. Já a dimensão **interacional** se refere aos vínculos e interações entre os atores do sistema penal, na estrutura organizacional em que seus membros coabitam, interagem e se relacionam durante o processo penal. Segundo Manning (1986) *apud* Prates (2008), essa estrutura institucional sustenta um contexto social que estabelece padrões de interação, onde os papéis e o *status* se dinamizam dentro de uma ordem cerimonial, dentro de um mandato expresso em termos ideológicos. Todo o processo judicial envolve essa dinâmica, no contexto judiciário. Contudo, Prates (op. cit) enfatiza que é durante a audiência penal que essa interação se realiza com mais contumácia. Vanhamme (2005) *apud* Prates (2008) destaca:

[...]l'audience a bien une influence sur la décision de la peine. Tout ce qui est dit à l'audience peut être examiné en termes d'impacte sur la décision de la peine. Cette dernière se construit tout au long de l'audience. Elle émerge des arguments débattus, du savoir, et des représentations sociales du juge, et des interactions symboliques qui se jouent autour des débats relatifs au dossier répressif (...) Dans ce processus, le sens de la réaction pénale appropriée en termes de justice à rendre apparaît progressivement. Le choix de la peine, de ce fait, résulte d'une production commune (pág 45).

Assim, esse mosaico de fatores compreende a tomada de decisão como um processo, um fenômeno integral e dinâmico, onde os diferentes atores interagem e engendram diferentes percepções sobre os fatos, bem como diferentes interpretações dos conceitos legais (PRATES, 2008). Tata (2007) reforça essa compreensão da autora quando afirma que o significado do fato vai sendo construído a partir da evolução do caso no processo de adjudicação. O referido autor defende uma aproximação interpretativa entre a investigação e a prática baseada numa leitura assentada no magistrado e não nas regras das categorias normativas, sob pena de perder a familiaridade do magistrado com seu objeto. Dessa forma, Prates (2008) conclui que o magistrado não se prende a fatores isolados, mas mergulha num contexto integralizado, permitindo sua visão holística e não compartimentada dos *whole case stories*. A grande contribuição dessa acepção analítica está na percepção do magistrado de que a maior parte das normativas não são imutáveis, mas podem ser contextualizadas, se projetam de diferentes maneiras dentro de um construto analítico e interpretativo particular do juiz. A autora reabre a crítica ao modelo tradicional, afirmando que a prática fundada sobre a interpretação mediada por um conjunto de fatos, nos casos processuais, observando a interação entre os atores sociais, revela que a *sentencing* é um fenômeno contingencial, dinâmico. Logo, não pode ser vista como uma simples técnica estatística, descontextualizada.

3.3.3 Sentencing como saber prático, intuitivo

Sudnow (1964) foi um dos primeiros autores a trabalhar nessa perspectiva que se funda sobre a experiência e o saber prático na tomada de decisão, no processo de adjudicação. O autor observou que a experiência profissional desenvolve saberes práticos e estratégicos, que são forjados no exercício desse meio. A práxis profissional condiciona um processo de socialização que diferencia os dotados dessa experiência e os que ainda estão em construção. A acumulação desses saberes não está livre dos aportes ideológicos profissionais; dessa forma, eles podem atuar de forma conciliada (TATA, 1997). Hutton (1997) também endossa essa práxis judiciária cotidiana como elemento central para compreender os processos decisórios, uma vez que ela se constrói a partir de saberes coletivamente construídos e compartilhados por um grupo social. Esses saberes práticos dispensam a *sentencing* de uma dinâmica intuitiva, pois sua referência está construída sob bases empíricas do conhecimento prático e não num quadro normativo. Esse saber prático intuitivo se aplica como instrumento de familiarização dos atores envolvidos, a partir de um meio informal e menos complexo entre os atores e os processos (PRATES, 2008). O processo de tomada de decisão se constitui, essencialmente, como uma prática social, conforme destaca Hutton (1995, p. 549) *apud* Prates (2008):

The sentencing decision process is one part of the social institution of punishment, that is, it is a social practice which takes place in a particular social context. The process of selecting a sentence is itself a social practice. Although individual judges make independent decisions, they do so in the context of previous sentencing decisions; not only their own decisions, but also those of their colleagues and, perhaps more crucially, the decision of the Court of Appeal. Judges are themselves a social group with shared norms and values (...) judges have been subject to processes of socialization both within the legal profession generally and within the judiciary in particular.

O magistrado deixa de ser um ator puramente penal, no exercício da doutrina penal e se ancora a partir de sua prática profissional numa perspectiva social. O sentido da lei está impregnado pelas ações e significados dos atores do sistema criminal (PRATES, *op. cit*)

Para sistematizar então o estado da arte da *sentencing*, vale recuperar os elementos principais do debate nessas duas grandes tradições, elencando as categorias

de análise para identificar as disparidades das penas, a partir de suas bases de análise particulares, dentro de cada tradição teórica.

Na **abordagem tradicional** da *sentencing*, as determinações da tomada de decisão estão formalizadas dentro dos critérios legais e extralegais. A categoria indicada pelo critério legal é caracterizada pela *gravidade dos fatos*, ou seja, o juiz dentro do critério formal ajuizado por regras indiretas define a pena a partir de sua interpretação sobre a gravidade do comportamento delituoso, do ocorrido na cena do crime. Essa tradição teórica também incorpora o critério extralegal que corresponde à categoria aludida pelas *características do acusado*, aqui sistematizadas pela teoria nas variáveis: os antecedentes criminais, o gênero, a posição social e a origem étnica, a saber.

Na **abordagem sociológica**, outras categorias correspondem às determinações das decisões para explicar as disparidades. Uma delas se dirige aos *aspectos contextuais da sentencing*, envolvendo as variáveis: cultura jurídica, interdependência dos agentes penais e interação nas audiências. A outra categoria se focaliza na figura do juiz, definindo as variáveis: características sociobiográficas, juiz como transformador da informação e juiz como fator explicativo do juiz no contexto.

Para melhor sistematizar o estudo de *sentencing* no modelo de revisão dirigido por Vanhamme e Beyes (2007), segue o quadro:

QUADRO 3 - Sistematização da teoria da *sentencing*

Tradições Teóricas	Determinantes das decisões			Identificação das paridades das penas
Abordagem tradicional	Critérios legais	Gravidade dos fatos		
	Critérios extralegais	Características do acusado	Antecedentes criminais	
			Gênero	
			Posição social	
			Origem étnica	
Abordagem sociológica	Contexto social	Cultura judiciária		
		Interdependência dos agentes penais		
		Interação nas audiências		
	Figura do juiz	Característica sociobiográfica		
		Juiz como transformador de opinião		
		Juiz como fator explicativo do juiz no contexto		

3.4 Os acusados de estupro

Essa teoria revela uma tendência de focalização na figura do acusado, uma vez que a disparidade das penas se aplica a esse usuário particular da justiça. O agressor é a figura mais aclamada do debate jurídico, pois ele é o autor do crime, ele desenvolve a ação, ele realiza a passagem ao ato, ou melhor, ele realiza a passagem da norma moral para a lei positiva. A criminologia, a antropologia criminal e as diferentes correntes que

tentam explicar o crime, como a *sentencing*, marcam a centralidade do debate na figura do criminoso. Seu protagonismo está assentado sob os Códigos Penais que atrelam o crime à pena, a quem vai dirigir a responsabilização do crime e a ameaça, colocada no sentido expiatório (Durkheim, 1971). O surgimento do agressor está atrelado a esse mecanismo de estruturação institucional penal do praticante do crime na justiça retributiva. Muito diferente da figura da vítima que só tem destaque na justiça restaurativa.

Uma das questões mais incômodas é a atribuição de um enquadramento teórico, conceitual, para falar de pessoas autoras de crimes sexuais. Tanto do ponto de vista do direito, quanto do ponto de vista sociológico. Estuprador, agressor, agressor sexual, assassino sexual são categorias distintas que envolvem dispositivos próprios para cada prática criminal. As categorias universais como agressor e assassino se estendem a outras condutas delituosas; logo, não são apropriadas para a especificidade do crime. Esse é um problema a ser confrontado em recorrência da falta de nitidez na literatura e na ausência de uma definição legal.

Do ponto de vista do direito, não há uma especificidade penal, ela recai na compreensão do fato ocorrido, consumado na perpetração do crime sexual. O *modus operandi* que caracteriza a repetição do comportamento delituoso para assegurar o sucesso do crime e resguardar sua identidade. A sociologia do crime encara essa dinâmica própria do autor do crime como uma estratégia para diminuir sua visibilidade no ato cometido. Segundo Robert (2007), a deslocalização dos estilos de vida e das redes de sociabilidade facilita globalmente a invisibilidade. É claro que o contexto do crime favorece mais ou menos essa visibilidade. A cena do crime e a testemunha para os crimes de estupro, normalmente, não estão ao alcance dos dispositivos comuns no universo penal, o que em grande parte favorece ao agressor, concretizando dúvidas, suspeitas e até o não reconhecimento da prática delituosa por parte do sistema criminal. O *modus operandi* do agressor é absolutamente dinâmico e maleável, uma vez que ele avança na experiência e confiança diante do comportamento delituoso (SERAFIM et al, 2009).

Proulx et al (2005) relativizam um pouco esse enquadramento e concluem que os agressores sexuais fazem parte do que se costuma enquadrar num perfil de pessoas que já cometeram delitos anteriores, delitos comuns, de modo que o delito sexual se caracteriza por uma passagem para um estado superior na carreira criminal. Na

perspectiva sociológica, o agressor sexual se caracteriza por uma figura que opera na junção de duas realidades contraditórias: a violência sem limites e o prazer que gostaríamos de ver associado ao amor, ou seja, entre a violência e o gozo – visão clássica (CUSSON, 2005). A sombra do Marquês de Sade paira sobre os trabalhos consagrados sobre agressores sexuais, isso porque ali reside a aceção de um prazer sexual condicionado ao prazer do sofrimento e humilhação da mulher (VIGARELLO, 1998). A origem dessa motivação aberrante, na maior parte dos autores, credita-se às fantasias reprimidas associadas à crueldade do prazer sexual.

Algumas teorias são ainda resgatadas em tempo de explicar essas condutas de agressores sexuais, como a teoria biológica, a psicológica e a sócio-histórica (que repousa no conflito de classes). Contudo, fazendo um balanço dessas teorias, é possível perceber suas contradições, suas fragilidades, sobretudo por repousarem sobre dados empíricos ou amostras insuficientes. Alguns autores chegam a estabelecer generalizações a partir de um caso específico ou dados não representativos e absolutamente contestáveis.

Uma questão importante que pode ser questionada de antemão é a relação entre o prazer e a crueldade. Segundo Vigarello (1998), sobre a consciência obscura do agressor paira também um não reconhecimento do ato cometido como uma violência. Segundo o autor, a visão do prazer apaga a agressividade, atribuindo o desejo como uma evidência à qual a vítima é equivocadamente associada. Sem dúvida, essa compreensão encontra terreno fértil nos tribunais como esclarece o autor:

Desaparecimento da idéia de violência, certeza de uma atitude de sedução por parte da vítima, o universo do agressor pesa sobre o desenrolar do processo, banalizado por uma “sociedade complacente diante da tese da provocação feminina”; revela uma cultura, um clima suscetível de orientar o julgamento, mesmo que magistrados e testemunhas inicialmente não sejam favoráveis ao acusado (op. cit. p. 31).

Ele continua, numa provocação para explicar seu êxito na representação coletiva sobre o universo do agressor:

[...] a atitude de camponeses aceitando essas violências como sexualidade de substituição, atos de celibatários condenados ao casamento tardio, de pastores, trabalhadores rurais ou diaristas, beneficiando-se de uma ampla impunidade pela violência sexual exercida sobre as mais fracas ou mais jovens, órfãos, pastoras, domésticas [...] (p. 31).

As especulações em torno das causas e das motivações em torno da figura do agressor sexual são muitas e traduzem a pouca tradição de estudos na área. As

justificativas psicopatológicas só entraram em cena a partir do desenvolvimento do campo disciplinar a partir do século XIX, com a invenção das perversões ou “anormalidades”, na França. Segundo Vigarello (1998), Buffon é considerado um dos primeiros autores a refletir sobre as condutas “amorosas” submergidas na violência. Os limites de sua reflexão sobre o tema não alcançam o debate penal observando a responsabilidade do ato, os critérios do juiz e os efeitos do ato sobre a vítima. Suas ideias se restringem a uma análise física do corpo⁴⁸, sem explorar as conotações psicológicas e a vontade/responsabilidade da ação.

Outro caminho na tentativa de conhecer um pouco o universo do agressor sexual pode também dimensionar esse debate em torno da figura autora do crime de estupro. Uma pesquisa realizada em Québec, Canadá, em 1988, tentou validar um pouco o conhecimento sobre o tema, dado o reconhecimento dos limites das teorias⁴⁹ (biológicas, psicológicas e sócio-históricas) marcadas pela fragilidade conceitual. Essa pesquisa tentou estabelecer uma comparação entre assassinos sexuais e agressores sexuais. Langevin et al (1988) realizou a pesquisa mais exaustiva quanto à diversidade de variáveis de desenvolvimento social, psicológicas e sociodemográficas. Segundo esse trabalho, o agressor sexual, nas características sociodemográficas, aparece com o perfil de menor número de ocupações laborais, em detrimento do assassino sexual; já nas características de desenvolvimento social, o agressor sexual tem o percentual destacável no perfil ligado aos transtornos de comportamento na escola, crises frequentes de raiva e crueldade contra animais de modo geral. Nesse item, em particular, ele, o agressor sexual (40%) fica muito próximo ao assassino sexual (39%), como observam Proulx et al (op. cit). O gosto por brincadeiras violentas também foi verificado como característica principal dos agressores sexuais.

Nas características psicológicas, o agressor sexual não se destacou comparativamente diante do assassino sexual, a variável psicopatia para os agressores foi de um percentual de 67% contra 60% dos assassinos; os transtornos de personalidade foram bem maiores para os assassinos, assim como as parafilias ligadas ao voyeurismo curiosamente foram superiores para o assassino sexual.

⁴⁸ Vigarello (1998) apresenta a explicação mecânica do estupro explorada por Buffon afirmando que uma das causas estaria na retenção excessiva de líquido seminal, podendo provocar delírios no agressor, e um descontrole selvagem capaz de levá-lo a cometer loucuras.

⁴⁹ Dada a vasta discussão temática sobre essas teorias e para não arrolar em explicações exaustivas, as mesmas estão apenas citadas.

É claro que se observa limites ainda nesse tipo de explicação, uma vez que desconsidera alguns fatores importantes, como as estratégias de invisibilidade perpetradas pelo autor do crime, sua vontade etc. A originalidade do trabalho está em ampliar o campo de conhecimento sobre esse agressor, uma vez que a teoria dominante revela que a delinquência sexual é caracterizada por uma delinquência específica, marcada por um sadismo⁵⁰ que associa diretamente a violência ao gozo sexual; bem como uma inclinação para explicações criminológicas voltadas para criminalizar a pobreza, apontando para a penúria e promiscuidade. O entusiasmo dos pesquisadores aqui se assenta na categorização de uma delinquência à parte, cujo agir criminal estaria ligado a uma predominância de fantasias associadas à crueldade do prazer sexual. Isso, segundo os pesquisadores, instrumentaliza as legislações penais quanto ao ajuste de uma penalização enquadrada dentro dos limites de sua disfunção psíquica. Essa revelação balizou a criação, em 1998, de uma lei na França que incorpora uma nova dinâmica das práticas jurídicas, caracterizada por acompanhamento judicial.

Nos parece necessário analisar a avaliação desses processos de forma cautelosa. A instrumentalização de um conhecimento psicológico, que permita se aproximar da consciência desse tipo de agressor pode, sem dúvida, favorecer a inibição do crime, a instrumentalização dos juízes e a aplicação das penas. Contudo, tendo em vista todas essas nuances jurídicas arroladas pelo escalonamento do crime, a investigação sobre o agressor mobiliza o retesamento dos gestos incriminados pela lei. A lei produz efeito independente de sua aplicação. Dessa forma, a nova escala desenvolvida em torno dessas novas considerações varia demasiadamente as categorias dos atos julgados, deslocando o conteúdo do dispositivo penal, substituindo as antigas absolvições e silêncios em condenações atenuadas, favorecendo os agressores. Esse momento caracteriza a centralidade do autor do estupro no debate jurídico. É preciso investigar os indícios para explicar o ato e, dessa forma, atrelar única e exclusivamente o ato e seu comportamento ao agressor. O crime não está mais circunscrito nos costumes, mas na pessoa. A sensibilidade para o universo infantil violado e a psicologia foram fundamentais nesse processo de mudança nos tribunais; contudo não são determinantes para explicar o fenômeno.

Mas quem é esse agressor?

⁵⁰ Segundo os autores dessa pesquisa, o sadismo foi apresentado na minoria entre os assassinos sexuais.

Os tipos sociais caracterizados na literatura sobre agressores sexuais sofrem do mesmo processo de incriminação de outros autores de crimes. A busca por um tipo social revela a localização do sujeito incriminado. O processo de sujeição criminal (MISSE, 1999) não é permanente, ele também se dinamiza de acordo com os contextos sociais e históricos. Embora as representações coletivas se apropriem de determinados perfis, favorecidos também pela literatura, a composição de um quadro identitário aqui arrolado é fruto de pesquisas realizadas por estudiosos do tema. Assim, podemos elencar alguns autores e analisar suas aproximações e distanciamentos.

Vigarello (1998) apresenta uma excursão histórica, indo do Antigo Regime da França aos contextos mais contemporâneos, e é possível perceber a mudança radical dessa composição. No século XIX, os homens solteiros e celibatários estariam mais propensos a esses crimes. Mas o que poderia ter uma explicação óbvia, dados os limites de sua atividade sexual, em razão do não casamento, surpreende um pouco pela proximidade percentual entre os crimes cometidos contra mulheres (66%) e crianças (51%), no início do século. A explicação é dada pelo autor em razão do isolamento e da miséria sexual de um vasto proletariado masculino. A associação a grupos pobres é ainda fator preponderante no universo de incriminação. O fluxo maciço de migrantes começa a modelar valores privados de uma intimidade burguesa, a partir da composição de casais que chegam e não mais homens solteiros. O tipo de ocupação também merece destaque no processo de sujeição criminal. Segundo Anne-Marie Sohn⁵¹, as profissões ligadas ao comércio favorecem a encontros e “tentações”, de modo que pais que encarregam seus filhos de compras expõem-nos à situação de risco.

Os criminosos singulares, que surpreendem os tribunais, podem ser caracterizados por figuras de reputação ilibada como professores e clérigos. A rotina dissimulada da vida comum provoca maiores repulsas e indignação social, muito favorável a explorar uma explicação psicopatológica. Também ganham destaque as figuras ligadas à senilidade dos homens maduros, o que se explica pela sua falta de ocupação e desorientação, “prontos para incontrolláveis desvios” (op. cit. p. 174).

A família e sua composição incestuosa têm destaque, no final do século XIX, na França, sendo analisadas também a partir das condições materiais precárias, marcadas pela penúria, miséria, promiscuidade e alcoolismo. Os pardieiros e os

⁵¹ Vigarello (1998) destaca a pesquisa realizada por essa autora num estudo sobre atentados ao pudor contra meninas na França (p. 162).

vagabundos começam a desenhar um universo de risco. O vagabundo, andarilho, estradeiro carrega os instintos primitivos (p. 192) que favorecem seu impulso sexual predatório. O estrangeiro também começa a fazer parte desses espaços promíscuos, sobretudo em razão das lembranças de conflitos de guerra.

A contemporaneidade revela configurações significativas na visão do crime, revelando atos antes desprezados. Dessa forma, maridos e companheiros podem também fazer parte do rol de agressores sexuais; bem como vizinhos, colegas de trabalho, detentos que aplicam a “justiça” própria contra agressores sexuais; as vítimas de hoje são os agressores de amanhã, ligando o passado e o futuro do crime, num laço invisível. Enfim, qualquer pessoa pode ser um estuprador? O deslocamento dos perfis dá lugar a um anônimo mais perigoso, pois ele se esconde nas zonas pacíficas e não mais nas zonas obscuras. Na verdade, sabe-se que essas fronteiras para os crimes sexuais nunca foram bem delimitadas, a sujeição criminal é que sempre desenhou o quadro de agressores.

Em pesquisa mais recente, Vargas (2000) mostra, no que diz respeito ao grau de relação entre o indiciado e vítima, a partir dos dados do inquérito, na cidade de Campinas, de 1988 a 1992, que a segunda maior frequência em relação às outras é o pai. A primeira frequência não tem informação. Assim, desconsiderada a frequência sem informação, 46% dos agressores são conhecidos, incluindo padrasto, namorado, outro parente, vizinho, conhecido e pessoa do trabalho. Ou seja, o agressor sexual se caracteriza por ser uma figura próxima às vítimas.

Num trabalho mais aprofundado, Vargas (2004) caracteriza os agressores a partir de variáveis: idade, raça/cor, estado civil e ocupação. Nesse trabalho, ele revela que o percentual de suspeitos de estupro (entrada no Boletim de Ocorrência) na faixa de 20 a 24 anos é o dobro daquela encontrada na população masculina geral e está muito próxima na faixa etária de 25 a 29 anos. Ela fez um comparativo levando em consideração as fases do Sistema de Justiça Criminal – BO, indiciamento com a instauração do inquérito, denúncia no Ministério Público e julgamento (condenado) – que mostra que, em relação à variável raça/cor, em todas as fases, a cor branca foi mais destacada, seguida da parda e preta. No que diz respeito ao estado civil desse agressor, em Campinas (1988-1992), na fase do BO, os solteiros foram caracterizados em maior número que os casados. Da mesma forma que na pesquisa de Vigarello (1998). Entretanto, nas fases seguintes, os casados foram em maior número. E o perfil da ocupação, muda um pouco no contexto francês. As ocupações que apareceram com

maior destaque foram às ligadas à construção civil, depois a de prestadores de serviços, seguida da de transportes em geral, e somente depois vêm as ocupações ligadas ao comércio.

Como questão central sobre o agressor, nesse debate sobre o estupro, talvez seja mais interessante deslumbrar as estratégias de resistência e sua plasticidade para a invisibilidade. A literatura, de modo geral, focaliza no tratamento e nas desigualdades arroladas nos tribunais e poucos estudos trabalham a questão da ardidez desse tipo de crime. Isso sem dúvida mudaria o quadro atual de francas limitações e fragilidades das práticas jurídicas para revelação do crime e responsabilização dos agressores.

Segundo Vannhamme e Beyens (2007), a flexibilidade da modernidade tardia (GIDDENS, 1994) dirige uma lógica racional que facilita essa orientação de focalizar nos *outputs*, pois o risco e a fragilidade na compreensão dos processos sociais, não facilitam uma contextualização dos processos decisórios. Ademais, a *sentencing* tradicional não deixa de revelar um aporte considerável de hipóteses aludindo os fatores legais e extralegais (caracterizando o perfil do agressor), sob influência precisa na tomada de decisão dos juízes, manifestando a seletividade do sistema criminal. Compreende-se como um aporte preciso, sob determinados aspectos, e extremamente eficaz para determinados campos de atuação de análise.

3.5 As sociologias da modernidade e o contexto de Estado Punitivo

A configuração de experiências da modernidade revelou um legado conceitual significativo para compreender a ordem social, em seus diferentes contextos sociais e transitam numa frequência conceitual quase que atemporal. As coberturas teóricas dessas compreensões sobre a modernidade não são fáceis de serem dispensadas ou jogadas para fora do debate crítico na interpretação dos fenômenos sociais. Ora avançam e ora se ocultam, mas permanecem vivas na memória triunfal do campo epistemológico diante das suas múltiplas racionalidades.

O passeio por esses modelos interpretativos da modernidade revela como essas racionalidades se projetaram em suas instituições sociais, particularmente aquelas que regulam o sistema penal. Nesse sentido, em cada sociedade coexistem diferentes normatividades, pois há um fracionamento da comunidade política segmentando os

diferentes grupos (ROBERT, 2007). Beck (1998) afirma que todo grupo principal define as normas e se esforça na sua aplicação, engendrando uma odisséia de ajustes contingentes, descrevendo comportamentos e, claro, definindo o “grupo proibitivo”.

A discussão sobre o crime, negando-o como objeto absoluto do direito, implica em sua compreensão enquanto uma prática social, constituída numa realidade social; logo, o crime ganha uma dimensão bifronte, segundo Robert (2007). Em suas palavras, o desafio se instaura:

Se, por um lado, a sociologia do crime não pode evitar o desvio pelo Direito, resta indagar, por outro lado, se ela poderá ressaltar a autonomia dos atores sociais – do autor do comportamento, notadamente, assim como sua eventual vítima ou dos profissionais do penal – sem os engolir num juridicismo que reduza a análise da ação social àquela das normas (p. 22)

A importância dessa referência é reconhecer que os tipos de modernidade regularam essas normatividades, ou melhor, suas construções sociais, nas institucionalidades produzidas. O debate aqui se inscreve no aparelho institucional, onde o direito se torna mais visível como aparelho da coação social. De Durkheim, com os problemas das promessas da diferenciação social, a Giddens, com a flexibilidade da modernidade tardia, os saberes foram amplos, ajustando-se às mudanças sociais. Contudo, nem sempre foram uniformes no que tange às suas acepções de Estado punitivo.

Durkheim, apesar de estabelecer a diferença entre o direito punitivo e o direito restitutivo, diante dos tipos de sociedade (tradicionais e industriais), na tentativa de manter sua linha teórica central ditada pela coesão social, segundo Martuccelli (1999), não conseguiu sustentar de todo as promessas da coesão social, em razão da diferenciação social. O aumento da diferenciação social, pelo crescente processo de individualização na modernidade, evocou problemas na complexidade social, limitando a coesão. A fragmentação das instituições e a insuficiente cobertura da segurança jurídica fragilizaram a coesão social.

Weber (*Economia e Sociedade*) evoca a modernidade a partir da sujeição dos indivíduos aos imperativos funcionais do direito, enquanto um ordenamento normativo coativo, instaurado na relação estreita entre direito e política, revelando a legitimidade do Estado na manipulação de uma organização burocrática, hierárquica e racional nas bases do conceito da dominação racional legal. Segundo essa lógica, esse domínio se realiza através da obediência aos comandos retroalimentada pela confiança dos

subordinados na legitimidade técnico-formal das regras enunciadas e na racionalidade das mesmas na ação social. O autor então compreende que as ordens estatais nas sociedades modernas são fidedignas do poder político e inscrevem legitimidade na legalidade do poder político legal, embora suas práticas produzam efeitos diferentes nos limiares das legalidades.

Habermas (1992) vai criticar essa versão ao apontar que Weber fundamenta seu conceito de direito numa perspectiva positivista, enaltecendo uma racionalidade própria, independente da moral, porque considera que essa aproximação entre direito e moral prejudica a racionalidade que fundamenta a legitimidade do poder político legal. Eis presente o desconforto de Weber com as suposições morais. Habermas, então, coloca que a legitimidade da legalidade também pode estar inscrita na moral e não na racionalidade. Conforme Habermas (1992) expõe em *Direito e moral*:

A forma clássica da lei, abstrata e geral, não legitima uma soberania exercida, de tal forma, por não preencher determinadas necessidades funcionais para o prosseguimento privado-autônomo e racionalmente orientado, para fins dos interesses de cada um. (p. 25)

Habermas explica ainda que a racionalidade do procedimento não garante igualdade do conteúdo jurídico, na forma de leis gerais e abstratas, pois considera que as normas jurídicas não ganham legitimidade, pois seus significados são especificados e seus conceitos expostos a explicações temporais e contextualizadas. Considera, ainda, que a sua consistência provada e seus motivos de pensamento uniformizados implicam num processo de desformalização do direito como consequência da esfera pública. A centralidade do direito na teoria habermasiana da modernidade, assim como na sua crítica a Weber, se inclina ao fato de que a ele cabe efetuar, no mundo moderno, a comunicação entre esses dois momentos. A explicação de Habermas é que Weber percebe unicamente a problemática da institucionalização do aspecto racional-instrumental, desconsiderando a institucionalização do momento prático-normativo no mundo contemporâneo. A causa principal dessa desatenção é a desvinculação entre direito e moralidade ou, o que é o mesmo em outras palavras, entre legalidade e legitimidade. (SOUZA SANTOS, 1996).

O lugar da modernidade, como palco de uma racionalização que subjuga os sujeitos, tem como interlocutor principal Foucault (1975). O sujeito é uma consequência das práticas de exame, de confissão e de medida que produzem a exigência dos sujeitos

modernos. O autor revela uma tecnologia política do corpo, realizada pelas instituições nas sociedades modernas, cujo poder inscrito toma os sujeitos, simultaneamente, como objetos e instrumentos de seu saber. A estratégia desse arquétipo político converge práticas de subordinação, formas jurídicas modernas acondicionadas e práticas punitivas estatais.

As teorias criminológicas ganharam destaque na Escola de Chicago a partir da condição humana nas cidades modernas. O mosaico urbano revelou algumas figuras e experiências na modernidade assentadas no conhecimento e subjetividade das interações sociais. A filosofia de Mead inspirou essa escola sob três idéias básicas: a ação é dirigida para um objetivo; as interações formam a consciência; e o simbolismo da linguagem é a base de toda comunicação. Esse tripé sugestivo serviu de ponto de partida para as questões que formaram o programa de pesquisas da Escola de Chicago. As leituras interacionistas dessa escola conheceram um sucesso intermitente – de Park, Burgess, Shaw e Mackay, na primeira fase, a Becker, Goffman e Cicourel, na segunda fase, todos tendo o crime como desvio.

Embora os trabalhos de Goffman (2001) não apresentem o tema da modernidade como foco central de suas preocupações, o autor desafia a condição moderna, entendendo-a sob suspeita permanente na distância entre as duas ordens objetivas e subjetivas, promovidas pela modernidade. Ele insiste nessa distância. Segundo o autor, os indivíduos na modernidade se definem de maneira crescente por um deslocamento de suas imagens sociais, por um crescimento do controle reflexivo da apresentação pública. Uma das principais preocupações do ator moderno é garantir a coerência de suas expressões, que, nas fragilidades sociais e incertas, podem se perder nas menores adversidades. O ator fica limitado a controlar sua apresentação e evitar erros. A incerteza das situações frágeis desses contextos sociais é menor na natureza objetiva da interação do que na percepção subjetiva de uma sociedade democrática. A condução de um contexto punitivo nessa fragilidade instaurada coloca os indivíduos numa frequente suspeição.

Giddens (1991), tal qual Beck (1998), aponta uma modernidade tardia com conhecimento assentado numa racionalidade que favorece a incorporação de um discurso punitivo, na medida em que a consciência da insegurança instaurada num contexto de crise não favorece uma capacidade reflexiva no pluralismo de pontos de vista que corresponda de maneira retroativa, de modo colocar em questão o consenso. A

necessidade de um conhecimento mais vasto e mais preciso torna-se imperativa. É justamente sobre esse fundamento que aparecem as novas instituições modernas. Contudo, sua legitimidade está garantida para uma legitimação simbólica das instituições sociais que se apóiam notadamente sobre a confiança no progresso que elas sustentam. O Estado-Providência é característica da modernidade, sua aderência ao progresso marca a idéia de consenso social dentro de uma visão integrada que busca favorecer as condições de igualdade. Nessa perspectiva, o crime atende pela condição sintomática social, logo, sujeito a uma política penal para tratar, normalizar e ressocializar. Vanhamme e Beyens (2007) destacam que, embora dentro da lógica integral do Estado social o ideal de igualdade não se perca, os dispositivos penais são tratados de maneira desigual.

De modo geral, as conduções dentro do espectro punitivo nas sociedades modernas se orientam dentro de uma ordem legitimada que assenta a incorporação da anuência da sociedade sobre construtos repressivos da política penal. Garland (2008) endossa essa discussão da legitimação do sistema punitivo abordando a função política do sistema punitivo. O Estado (soberano) instaura o poder punitivo/repressivo buscando uma vasta sustentação popular, por parte da sociedade, na tentativa fulcral de estabelecer uma resposta à insegurança e à instabilidade social. A crença na punição é conduzida pela restauração da confiança do público.

No dizer de Adorno (1999), existe uma inclinação acentuada nas sociedades contemporâneas para a necessidade de institucionalização da punição, que ele explica como uma obsessão social contemporânea, materializada nas chamadas “demandas por ordem social”. Dahrendorf (1987), quando procura o Estado punitivo, tenta explicar que o problema está na ausência de punição, e busca a conexão direta entre o aumento da criminalidade e o enfraquecimento ou isenção das punições. O reducionismo da explicação do fenômeno dessa forma, embora ingênuo, tem terreno fértil numa sociedade em busca de segurança. Segundo Adorno (1998), essa causalidade acaba imprimindo a obsessão punitiva, porque não abre o campo de possibilidades analíticas do fenômeno. Além disso, segundo Lemgruber (2001), reconhece a fragilidade conceitual dessa opção da elevação das taxas de encarceramento na redução do crime, a impunidade parece se reverter, nesse particular, em fenômenos discricionários dessas organizações.

Sem dúvida, essas perspectivas revelam comportamentos sociais advindos de uma complexidade das relações sociais, que trazem na memória histórica presença constante na configuração de uma criminalidade atemporal. Montes (1996) destaca a violência como forma ou resultado da sua transgressão, constituindo também uma linguagem através da qual a sociedade nos fala do seu modo de organização, dos valores que reputa fundamentais, da sua concepção sobre o mundo e do lugar que nela ocupa a vida humana, como princípios ordenadores da vida associada. A forma como a sociedade se organiza, se constitui, é refletida nos mecanismos de controle social e na caracterização do funcionamento das práticas jurídicas.

Nesse caminho, Garland (2008) reforça a análise revelando como as políticas penais constroem a procura do inimigo, através de uma criminologia do outro. A diferenciação social se projeta como um balcão de imagens do delinquente, pronto para arrefecer sua imagem social como um inimigo, um estranho, um perigo à sociedade. O autor, ao concentrar-se longamente no fenômeno punitivo e nas mudanças dos discursos das políticas penais, observou que elas canalizam a anuência da sociedade, caracterizando a dimensão emotiva da política penal. As incertezas, as instabilidades na segurança jurídica e o contexto de crise produzem uma consciência insegura, fragilizada na sociedade, que se cansa de ter medo, e se torna vigilante. O reforço da visão estereotipada do outro encontra uma zona de conforto, pois identifica um inimigo e projeta uma ação punitiva. Prates (2008) aduz a essa problemática observando a consolidação do sentido de um sistema de controle social, nas práticas punitivas que orientam a política penal mais repressiva, procurando, recorrentemente, as medidas de proteção diante desses “inimigos” e, sobretudo, recrudescendo as práticas de punição.

Outros autores recorrem a diferentes leituras. Segundo Azevedo (2005), o processo de transição dos regimes autoritários para os regimes democráticos na América Latina revelou profundas necessidades de reforma do sistema jurídico e postulou profundas implicações para o sistema de justiça penal. As mudanças, buscando maior eficácia do sistema, não foram reconhecidas como superação total dos antigos regimes políticos, na medida em que se ampliou a defasagem entre os elementos formais dos instrumentos legais e o real da prática jurídica. O autor enfatiza ainda que a utilização do direito penal processual caracteriza-se por um uso meramente simbólico. A evidência desse pressuposto é destacada pela inflação de normas penais para quase todos os conflitos e problemas sociais. Conforme se postula sua acepção:

A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face de demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos (AZEVEDO, 2005, p. 236).

Feeley et all (2001) *apud* Prates (2008) também recorrem à outra reflexão na emergência de uma nova orientação das políticas penais, que se constrói sobre o modelo de justiça no cálculo de riscos e se funda na gestão dos grupos de riscos. É uma versão bem próxima da criminologia do inimigo de Garland (2008), contudo, o objeto dessa penologia se orienta para a segurança e para o controle de determinados grupos sociais, que certamente sofrem o processo de incriminação. As lógicas probabilísticas dos riscos envolvem o cenário de sua gestão nas políticas de segurança. Essa nova tendência diante do enfraquecimento das redes de proteção, sobretudo em razão da abertura das fronteiras no processo de globalização, na internalização formal dos referenciais “universais” dos direitos humanos, engendra novas configurações das políticas repressivas.

No particular, da literatura sobre o Estado punitivo, o campo é vasto⁵², mas a questão principal abordada na literatura é que não se pode construir um poder punitivo, sem organizar-se previamente de forma dominante. A alta hierarquização é um caminho fácil de adular, pois implica na sua projeção interna nas práticas sociais, além de sua orientação normativa pelas instituições e pelos discursos sociais, seja pelas instituições ou pela sociedade.

Peralva (2000), analisando a complexidade da administração da justiça penal brasileira, revela eixos de análise relacionados à continuidade autoritária, à desorganização das instituições no processo de transição política, à pobreza e à mudança social como elementos sintéticos da realidade da América Latina. Adorno (2000) apresenta as implicações políticas legais na reforma dos tribunais, postulando que os desafios, sobretudo, estão na ordem das regras informais e das negociações:

A reforma do sistema de justiça é um processo político complexo e que requer muita habilidade política e, sobretudo, doses elevadas de negociações, já que envolvem interesses corporativos que necessitam ser trincados e bloqueados. Dada a natureza do sistema de justiça e a distribuição de competências entre estados e federação, estabelecida constitucionalmente, qualquer projeto de reforma deverá passar necessariamente pelos governos estaduais e pelas lideranças políticas locais. Salvo exceções, predominam nessas áreas os interesses mais conservadores no tocante ao controle da ordem social, à contenção repressiva dos crimes e ao trato nas questões de segurança pública. Mesmo quando toleram falar em direitos humanos, desconfiam

⁵² Só para citar alguns na literatura nacional: COELHO (1986); KANT DE LIMA (1996); MISSE (1999); AZEVEDO (2000); ZAFFARONI (2005); CARVALHO (2005); BATISTA (2005).

com frequência das soluções liberais e da aposta em políticas distributivas. Ao contrário, enfatizam as políticas retributivas, que sustentam maior rigor punitivo, se possível concentrado em penas restritivas de liberdade, além da maior liberdade de ação para as agências policiais no “combate” ao crime. Dado que essas forças sociais sustentam suas representações políticas nas esferas federais, em especial na Câmara e no Senado, é pouco provável que uma reforma radical do sistema de justiça criminal compatível com uma política de direitos humanos adquira lastro político entre distintos segmentos sociais a ponto de romper com os atuais constrangimentos institucionais, corporativos e políticos (ADORNO, 2000, p. 149).

A organização política do Estado brasileiro na feitura de seu ordenamento jurídico, ainda no Império logrou-se do liberalismo político. Contudo, sua gestão já envolvia práticas punitivas (KOERNER, 2006). As nuances desse modelo de Estado que engendra um inventário punitivo da modernidade não deixam de se ajustar ao contexto social brasileiro. As flutuações dessas decisões tendem a revelar o universo complexo dos mecanismos da natureza do sistema penal no Brasil. As discussões foram levantadas para contextualizar o universo da adoção de um estudo voltado para regras jurídicas antigas (estupro), de modo a esclarecer o desempenho dos atores envolvidos no sistema penal. Esse espectro é parte de uma cultura penal em que a disposição jurídica não se assenta como resultado de um pacto social como expressão de um interesse geral, construído e legitimado pela modernidade, mas uma cultura penal oriunda de oposições e conflitos, acentuadamente hierárquicos.

Vianna et al (1997) aduz, ainda que não há mais espaço para um comprometimento com uma idéia metafísica da justiça, bem como se resiste a perspectiva do Direito Natural e Positivo. O constitucionalismo democrático seria a fronteira diante dos olhos jurídicos para alicerçar os princípios normativos da contemporaneidade.

3.6 Sistema Penal Brasileiro

Kant de Lima (1989), num texto clássico sobre a cultura jurídica e as práticas policiais, revela a tradição inquisitorial na dinâmica das práticas jurídicas no Brasil. Seu texto se ocupa em compreender e explicitar as práticas policiais e jurídicas, percebendo características de processos culturais mais amplos camuflados pela cultura jurídica. O sucesso de sua investigação é explícito nas recorrentes citações na literatura dos estudiosos sobre o crime, sobretudo pela sagacidade do desvendamento das nuances dos

sistemas jurídicos e aproximando, mediado por uma sociologia interpretativa, o “direito” numa versão menos normativa e mais sociológica.

Os sistemas peritos que integram regras jurídicas no campo da Justiça Criminal no Brasil estão regidos pelo Código de Processo Penal (Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941). Reconhecidamente, alguns trabalhos (CORRÊA, 1983; ARDAILLON; DEBERT, 1987; ADORNO, 1990; KANT DE LIMA, 1989; IZUMINO, 1998, VARGAS, 2000, 2004; SANDALOWSKI, 2006; RIBEIRO, 2009) já referenciaram sob uma ótica sociológica, os procedimentos judiciais. Nesse sentido, para não incorrer em repetições exaustivas, não iremos privilegiar aqui a revisão pormenorizada dos sistemas peritos criminais em geral e vamos especificar a sistemática de funcionamento da justiça criminal brasileira para os crimes contra crianças e adolescentes, na Bahia, onde este estudo se aplica. Embora nosso trabalho se dirija especificamente para as sentenças, ele reconhece os elementos interacionais que estão em jogo na tomada de decisão fixada no registro das sentenças.

Assim, o objetivo é tentar esclarecer o papel de cada instituição no fluxo e as atividades realizadas na constituição do processo criminal, que, de acordo com Misse (1999), desempenharia a atividade de incriminação para observar a interdependência dos agentes penais. A importância dessa condução descritiva é ajudar na compreensão dos objetos que dirigem a análise da *sentencing* e dos elementos normativos procedimentais em que se assentam as categorias de análise dessa teoria. Particularmente privilegiada nesse trabalho, inicialmente pela abordagem sociológica, contextualizando o universo holístico que envolve os decisórios jurídicos, e, posteriormente, em caráter de complementação, recorre-se aos critérios extralegais, da abordagem tradicional da *sentencing*.

O processo penal brasileiro segue o sistema acusatório; sendo assim, a busca pela pretensa imparcialidade dos magistrados está sacralizada na planificação da vítima e do acusado; na posição superior do juiz na condição de adjudicação na interação judicial, bem como ele não participa na colheita preliminar da produção das provas (SOUZA, 2005), mas ele pode solicitá-las e escolhê-las no campo aberto de incisões inquisitoriais que ele dispõe. Esses seriam os elementos normativos-legais que justificariam sua imparcialidade. As funções de acusar, defender e julgar também estão categoricamente definidas pelos atores penais em jogo. O direito de acusar é da figura pública do Ministério Público, a defesa é consubstanciada pela figura do advogado (se

for representante público, caracterizado pelo defensor público) e a função de julgar é exclusiva da figura do magistrado. Isso não significa que as interações entre eles não possam ser estabelecidas, para a *sentencing* é justamente essa interação entre eles que pode também configurar determinantes na tomada de decisão,

Em razão desse sistema de garantia de direitos, a porta de entrada das ocorrências dos crimes contra crianças e adolescentes, e, no caso particular, dos crimes sexuais, se dirige a variadas instituições que funcionam como sistema de apoio e assistência do público infanto-juvenil. Nesse sentido, a composição de entrada pode ser iniciada pelas instituições de ensino⁵³; abrigos infanto-juvenis; rede de saúde; organizações não governamentais⁵⁴; Centro de Referência Especializada de Assistência Social; as Delegacias Especializadas ou não; a Polícia Civil, mediante ofício do Ministério Público ou não; o Disque-Denúncia⁵⁵ e a demanda espontânea de crianças e adolescentes, caracterizando a *notitia criminis*, ou seja, a comunicação, por parte da vítima ou seu representante a qualquer autoridade competente para a persecução penal (Delegado de Polícia, Juiz ou Promotor de Justiça), de informações sobre a prática de alguma infração penal, para que esta adote as providências legais cabíveis.

⁵³ O ECA/90 alude responsabilização legal aos operadores do sistema de saúde e da educação em casos de omissão, conforme o **Art. 245** *Deixar, o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente. Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

⁵⁴ Essas instituições têm se apresentando com funções imperativas no enfrentamento da violência sexual no Brasil. Atuam em defesa e responsabilização de todos os tipos de manifestações de violência contra a população infanto-juvenil; promovendo e defendendo os direitos fundamentais, sobretudo a vida e a integridade física e psicológica, oferecendo apoio psicossocial e jurídico para crianças vítimas dessas violências sem amparo econômico e social. Realizam atendimentos psicossociais independente da formalização da notificação aos agentes públicos, desenvolvendo mecanismos asseguradores de proteção jurídico-social, muitas vezes assumindo autoria da denúncia. Contudo, enfrentam problemas éticos diante das vítimas e seus representantes legais, em razão das implicações legais na proposição da queixa-crime. Voltam-se também à ação de formação e pesquisa, bem como à mobilização social. No Brasil, a regulação dessas atividades de atenção à criança vítima de violência só foi formalizada com o ECA/90, mas ainda encontram-se com muitos limites institucionais de ordem financeira, política, de gestão e acesso. Mesmo com essa fragilidade, é notória a reação por parte da sociedade no acesso ao sistema jurídico para garantia dos direitos desse grupo social mobilizados por essas entidades.

⁵⁵ O Disque Denúncia Nacional, segundo dados do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (Cecria) é um serviço de discagem direta e gratuita disponível em todos os estados brasileiros, funciona diariamente de 8:00h às 22:00h, inclusive finais de semana e feriados. O serviço é coordenado e executado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), em parceria com a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras) e o Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (Cecria). Tem como objetivo acolher denúncias de violência contra crianças e adolescentes, buscando interromper a situação revelada. Outro tipo de denúncia acolhida pelo serviço é a de crime de tráfico de pessoas, independentemente da idade da vítima. Este tipo de denúncia é repassado imediatamente à Divisão de Direitos Humanos da Polícia Federal, além de informações de desaparecimento de crianças e adolescentes. As denúncias recebidas são analisadas e encaminhadas aos órgãos de defesa e responsabilização, conforme competência e atribuições específicas, num prazo de 24 horas, mantendo em sigilo a identidade do denunciante (BRASIL, 2007). Após essa informação os agentes públicos iniciam o processo de investigação até a formalização do Inquérito Policial, confirmando-se a ocorrência.

A primeira formalização do fato será definida pelo Boletim de Ocorrência, no âmbito das delegacias⁵⁶, sejam elas especializadas⁵⁷ ou não. Nesse momento a ocorrência se relaciona com o determinado crime, mas ainda não se define a tipificação criminal, que é realizada pela ação penal, de responsabilidade do Ministério Público ou do representante do reclamante. A delegacia não tem autoridade para definir o tipo-crime e nem definir a acusação. Ela estabelece a investigação penal, estabelece a incriminação preliminar, apresenta o indiciado reunindo provas testemunhais e materiais no inquérito policial⁵⁸, mediante a execução das normas do Código de Processo Penal, regulando as condutas e, que podem ser confirmados ou não pelo Ministério Público, dono da ação penal pública ou privada⁵⁹, de acordo com os prazos regulados pelo Ministério Público. A promotoria é a parte acusatória porque está expressando o Estado, o cumprimento da lei que regula as condutas criminosas, por isso ele pede que se cumpra a lei na denúncia.

A acusação investe direitos não só para a figura pública do Ministério Público, mas também para a figura particular do ofendido, ambos estão investidos no direito da ação. A diferença entre essas duas figuras na iniciativa jurídica é que definirá a ação pública e a ação privada. A ação privada é uma concessão pelo Estado à pessoa ofendida de exercer o direito da ação, pois o entendimento é que nos casos onde é possível esse exercício, o interesse dessa ofensa só se dirige à parte ofendida. Na ação

⁵⁶ Delegacias Especializadas é um atendimento específico e prioritário dentro do Sistema Único da Segurança Pública, dando visibilidade aos problemas de infração penal ao público que se dirige. No Brasil, pode-se observar especificidades bem variadas no atendimento para: crianças e adolescentes, mulheres, pessoas de terceira idade, anti-sequestro, turista, defraudações, crimes contra consumidores, homicídios, polícia fazendária, proteção ao meio ambiente, repressão a entorpecentes, roubos e furtos de veículos automotores, roubos e furtos de cargas etc. Essa oferta de delegacias especializadas são mais disponíveis nas capitais e grandes centros. No interior, em cidades de pequeno porte, as delegacias são consideradas delegacias comuns, que recebem queixa de todo tipo de crime, muitas vezes justificando o ostensivo processo seletivo desempenhado pelos agentes policiais desse sistema perito.

⁵⁷ O Brasil, segundo dados do Observatório da Infância (2007), dispõem em toda cobertura nacional de 47 delegacias especializadas para atendimento de crianças e adolescentes. Algumas mobilizações para mudança desse quadro vêm sendo desenvolvidas para a proposição de criação de mais varas e delegacias especializadas, no documento elaborado pela Frente Parlamentar em Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, pelo Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), em 2007. O dossiê mostra o andamento dos casos investigados pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Exploração Sexual, que atuou de 2003 a 2004. Os parlamentares e técnicos envolvidos na elaboração do documento justificam que a legislação brasileira não está adequada aos paradigmas dos direitos humanos, quando a vítima não se sente acolhida pela segurança pública no acesso a garantia de seus direitos nesses sistemas peritos.

⁵⁸ O Inquérito policial não é um processo. Segundo Mirabete (2000), "Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de se obter na instrução judiciária..."(p. 98).

⁵⁹ Ação Penal é uma peça jurídica de formalização de um processo judicial.

pública, a iniciativa jurídica é exclusiva do Ministério Público, porque a ofensa, nesses casos, é de interesse público, ou seja, não ofendeu somente a vítima, mas a sociedade como um todo.

A filosofia penal revela que, para os crimes sexuais, as ações penais podem ser de natureza privada e pública. Logo, esses crimes não têm princípio isonômico e nem revelam uma ofensa à sociedade na sua integralidade (na medida em que não incorpora todos os artigos que constituem esses crimes).

Nas ações penais para os crimes de costumes (que envolvem os crimes sexuais), a regra é sempre a ação penal privada (art. 225 CP). Contudo, no mesmo art. 225 CP são abertas outras condições, a ver:

- no § 1º, inciso I diz que: será de *ação penal pública condicionada* ou a ação penal pública mediante representação quando a vítima ou pais não podem prover despesas do processo. A ação condicionada porque exige a **representação** da vítima (§ 2º);

- no inciso II diz que: será *ação pública incondicionada* se o crime for cometido por pai, padrasto, tutor ou curador da vítima.

Nos casos de estupro, outras possibilidades se abrem, na ação pública incondicionada:

- quando o estupro resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte;

- quando o crime de estupro for praticado mediante violência real (esse entendimento é dado não pela regra do Código Penal/40, mas pela Súmula 608/STF).

Essas características são importantes para a *sentencing*, uma vez que é a partir da interpretação do juiz da natureza da gravidade dos fatos que a tomada de decisão pode ser resgatada.

Apurando o fato ocorrido, formaliza-se o Inquérito Policial, que também está todo regulamentado pelo CPP e conclui-se com o registro do relatório do inquérito policial, no âmbito da Delegacia Policial, que é encaminhado ao Ministério Público, no âmbito da Comarca Judiciária, onde o processo será distribuído⁶⁰ nas Varas Criminais

⁶⁰ A *distribuição* é um setor dentro do Fórum onde os processos recebem o registro oficial, o número de processo e são encaminhadas a (s) varas crimes existentes na comarca, mediante sorteio para garantir a lisura e transparência da prática judiciária. Contudo, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em algumas varas judiciais dos estados membros observa-se a prática de processos de distribuição direcionada, ou seja, determinados processos são encaminhados a juízo específico, numa clara exposição de acordos extrajudiciais predeterminados (pagamentos de

existentes. Nessa distribuição, na Bahia, o processo ganha uma numeração⁶¹ oficial, cadastrada no Sistema de Acompanhamento Integrado de Processos Judiciais – SAIPRO, quando existente. Esse sistema se caracteriza por um software, um banco de dados, que reúne todas as informações relativas à tramitação processual, automatizando etapas burocráticas e mecânicas, e agilizando a prestação jurisdicional, homogeneizando os dados processuais. O Saipro garante ainda que, através da Internet, partes e advogados tenham acesso ao inteiro teor dos atos, facilitando o acesso aos encaminhamentos do processo. A partir do cadastro na distribuição, os autos seguem para os cartórios das varas; na existência de especialização, seguem para as varas especiais ou para varas crimes, que recebem todos os tipos de crime.

Os crimes de estupro contra crianças e adolescentes⁶² são de ação penal de natureza privada, salvo as exceções das ações penais públicas dispostas no art. 225 CP, que o Estado tem domínio, através da representação institucional do Ministério Público, que dá início à ação pública *denunciando* o crime. Isso significa que nesse momento se confirma, mediado pela reunião dos elementos formalizados pelo inquérito policial, a sustentação necessária e convincente para que esse sistema perito defina a tipificação penal e o réu, com “citação válida”. A denúncia é um documento oficial, no qual o Ministério Público solicita que se cumpra a lei, tal qual o Código Penal prescreve diante da conduta narrada nos autos.

Solicita-se à autoridade judiciária, ao juiz representante da Vara Crime, a condenação do réu mediante o rigoroso crivo do estatuto legal na conduta delituosa formalizada na denúncia. Ou, em caso de apreciação de alguma irregularidade ou solicitação incabível por parte do reclamante⁶³ e/ou ocorrência do fato jurídico, a solicitação do arquivamento⁶⁴ do processo.

propina) entre a magistratura e parte interessada para arquivamento do processo ou sentença beneficiatória. Conforme revela também Sandalowski (2006) “ao longo da pesquisa percebeu-se que, além do conjunto de provas formais apresentadas, como os exames periciais, por exemplo, e o tipo de depoimento da vítima (coerente ou contraditório ao longo do percurso da ação judicial), elementos extralegais permearam a construção do processo, incidindo sobre as sentenças terminativas” (p 112). Alegações justificadas pelo impedimento de julgamento de sentença, mediante conflito de competência, apareciam com razões orquestradas para a condução de tal favorecimento.

⁶¹ Segundo dados do Relatório do Conselho Nacional de Justiça, na Inspeção realizada, em 2008, verificou-se que as informações inseridas no sistema pelo Cartório de Distribuição são, em grande parte da realidade das comarcas da Bahia, redigitadas no momento de cadastramento do processo em cada cartório, conforme se observou na Vara Criminal de Ilhéus. Isso implica em refazimento do trabalho, demandando solução simplificada com ajustes na gestão do sistema de informatização.

⁶² Com a nova lei do estupro, essa natureza passa ser incondicionada. Mas para efeito desse estudo, não se considera essa nova acepção.

⁶³ O Ministério Público também pode receber demanda espontânea de ocorrências ou formalização de queixa de instituições sociais. Em decorrência dessa ação, ele solicita por ofício à delegacia a instauração do inquérito policial

Já no âmbito das Varas Criminais ou Especializadas o transcurso processual se desenvolve, a partir das instruções processuais, de acordo com as regras do Código de Processo Penal. Os procedimentos são ostensivamente conduzidos dentro da regulação legal, pois existem vários “fiscalizadores” do rigor procedimental sujeito ao rigor da nulidade, caracterizado pelos operadores do direito: o advogado de defesa, a promotoria, os operadores técnicos do cartório, a autoridade judiciária e agora, recentemente criado, o Conselho Nacional de Justiça⁶⁵, nas representações de suas Corregedorias. Todas as designações expedidas dessa ação no aparato processual são organizadas, também, por um corpo de normas que explicitam e delimitam as tarefas e os procedimentos formais a serem seguidos pelos funcionários que atuam no sistema judiciário. Nesse momento, os procedimentos realizados no âmbito da delegacia policial, na formalização do inquérito policial, são repetidos⁶⁶ diante do juízo e da promotoria, na sua representação do Ministério Público – as oitivas testemunhais; interrogatório do acusado e da vítima; as provas: exame de corpo de delito e da perícia em geral; da acareação; dos documentos, expressos em lei; dos indícios, citações e intimações, cartas precatórias etc.

Após as instruções processuais, as “vistas”⁶⁷ do Ministério Público e a representação da defesa, ou seja, uma última apreciação das partes: acusação e defesa nos autos, que podem solicitar algum procedimento, sob a decisão do juízo, profere-se a sentença. Essa é expedida pelo juiz que solicita a comunicação das partes. Em caso de sentença condenatória, a defesa pode solicitar o recurso de apelação⁶⁸ e a decisão

ou averiguação policial do fato ocorrido. Uma vez que o Ministério Público não desempenha função de investigação técnica.

⁶⁴ Uma vez instaurado o inquérito, somente o Ministério Público pode solicitar o arquivamento desse documento e somente a autoridade judiciária pode conceder essa permissão. Quando acontece do promotor solicitar um arquivamento e o juiz não conceder, o juiz solicita a designação de outro promotor para conduzir o processo.

⁶⁵ O Conselho Nacional de Justiça - CNJ foi criado em 2005, com competência de gerir e desenvolver política e gestão judiciária, voltadas para a prestação de serviços ao cidadão, facilitando o acesso aos tribunais; a garantia da moralidade do sistema judiciário, bem como a eficiência dos serviços judiciários.

⁶⁶ Esse procedimento é a garantia da garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime.

⁶⁷ É a oportunidade que os advogados e promotores têm de manifestar sobre algum despacho do Juiz ou sobre documentos juntados no processo ou para requerer alguma providência. Sabe-se que os advogados têm permissão para sair do cartório com os autos, para análise de sua defesa. Contudo, consta no relatório de Inspeção do Conselho Nacional de Justiça (2008) que na Bahia não existe controle da devolução dos autos. Segundo o relatório: *Há notícia de processos que foram retirados de cartório há mais de um ano e ainda não foram devolvidos, inexistindo procedimento de intimação ou de busca e apreensão.* (p. 08)

⁶⁸ É o recurso feito para o Tribunal de Segunda e Terceira Instância, pedindo a modificação da sentença dada pelo Juiz. Geralmente, quem perde recorre. O recurso pode ser apenas em relação a uma parte da sentença ou dela toda.

seguirá para Tribunal de Segunda Instância, ou seja, os Tribunais de Justiça do Estado, de segundo grau. A partir do Acórdão, ou seja, sentenças que são readjudicadas pelo Tribunal de Segunda Instância e ou Terceira Instância – Supremo Tribunal Federal,⁶⁹ confirma-se ou não a decisão do Tribunal de Primeira Instância, decidido nas Varas. O transitado em julgado, ou seja, a decisão final do processo só pode ser considerado quando se esgotam os recursos. O trânsito em julgado ocorre quando da decisão não cabe mais recurso de espécie alguma, seja ele apelação, recurso especial, recurso extraordinário, embargos infringentes ou embargos declaratórios. Mais recentemente, em decisão polêmica, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, até o trânsito em julgado dos recursos, o réu deveria manter-se solto, ou seja, só podendo ser preso após seu julgamento final, caso fizesse jus a tal benefício, observada a natureza do decreto prisional e as prerrogativas individuais do réu, mesmo em se tratando de crime hediondo.

Tal decisão prestigia o princípio da inocência e do devido processo legal, segundo aquela Corte, mitigados pelo cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, passível de mudança, causando prejuízos ao réu que poderia cumprir uma pena que posteriormente seria anulada. Os processos decididos nas Varas podem ser considerados transitados em julgado, desde que se aceite a decisão desse juízo, sem solicitação de recurso. Decorrido o prazo legal para interposição do recurso cabível, quede-se inerte.

Em caso de sentença de absolvição, arquiva-se o processo, dando por encerrado o litígio. No caso de sentença condenatória, o juízo expede guia de execução da sentença proferida, definindo o tempo e o regime da pena, e encaminha o processo para a Vara de Execução Penal, onde serão definidas as condições, a instituição penitenciária e os encaminhamentos gerais da situação do réu sob a custódia do Estado. O arquivamento também é realizado em casos excepcionais, definidos pelo Código de Processo Penal, em caso de extinta a punibilidade, ou seja, de não ser possível aplicar a lei sobre o acusado. Todas essas etapas devem estar registradas no Saipro.

⁶⁹ Não são todos os tipos de sentenças que seguem para o Supremo Tribunal Federal, após Acórdão do Tribunal de Segunda Instância. O Supremo se dirige mais aos julgamentos de decisões do processo estão de acordo com a Constituição Federal, através do Recurso Extraordinário. Sobem ao STF os acórdãos que em suas motivações supostamente afetam o texto constitucional (por isso o STF tem a pecha de Guardião da Constituição) ver artigo 102, III “a” da CF. Já o STJ (Superior Tribunal de Justiça) vai analisar acórdãos (decisões de Segunda Instância) que supostamente ofendam ao texto legal federal. Ver artigo 105, III “a” da CF.

O crime de estupro contra crianças e adolescentes tem natureza privada, e, na prática, a resolução do conflito ou a conciliação entre as partes pode ocorrer nos conselhos tutelares ou no âmbito na própria instância policial, mediante a negociação das partes envolvidas no ocorrido, numa perspectiva informal. Vargas (2000), num trabalho meticoloso sobre os crimes sexuais, revela como essa prática é comum, sobretudo no âmbito da polícia judiciária. Os delitos classificados pelo artigo 213 do Código Penal, ou seja, o estupro, sobretudo naqueles em que as circunstâncias do crime são relatadas de forma nebulosa, com conflito de fatos, costumam prever uma disposição para serem relativizados dentro das próprias delegacias de polícia. Não é que o crime seja negligenciado pela polícia judiciária, mas, dependendo da natureza da cena do crime, dos elementos constitutivos para sua comprovação do crime, bem como do alcance da ação penal e das interações entre os operadores e a vítima, podem dispersar a iniciativa jurídica. Já os crimes considerados de natureza grave, partes envolvidas constam como pai e filha, por exemplo, não tem negociação. Contudo, as subjetividades que engendram o crime continuam atuando de forma recorrente.

Nesse particular, existe uma especificidade no crime de estupro: as condições das partes envolvidas na conduta delituosa, quando se caracterizam por pai e filha ou parentes próximos, são simultaneamente condições de aplicabilidade penais díspares, completamente desiguais nos sistemas peritos. Ao mesmo tempo em que a lei condena mais severamente essa conduta nessa condição, na prática judiciária também se observa mais contumácia, desídia ao propor, em determinadas situações, conciliações, mantendo a vítima no ciclo de violência.

Sem dúvida, as categorias da *sentencing* em jogo nesse desenho de subjetividades das regras jurídicas revelam um código a ser decifrado na tomada de decisão do juiz, bem como podem ajudar a compreender essas práticas que estão imersas na cultura jurídica local, que imprime práticas e interações muito particulares no seu contexto social. Sandalowski (2006) destaca que: “O tipo de relação concreta que os indivíduos envolvidos no fato possuem em suas relações sociais e o modelo de organização familiar do qual fazem parte influem no desfecho do processo” (p. 112).

4. O DESENHO DA PESQUISA

4.1 Introdução

Esse trabalho objetiva uma maior compreensão das práticas judiciais para o crime de estupro contra crianças e adolescentes. Sua hipótese inicial alude à fragilidade de reconhecimento das vítimas desse tipo de crime, caracterizando as disparidades das penas aplicadas. A análise dos elementos que se colocam como determinantes nas tomadas de decisão dos magistrados envolve instrumentos seletivos circunscritos na resolução da justiça penal. O caminho construído pelo percurso metodológico se apresentado aqui nas suas diferentes etapas: a pesquisa exploratória, a apresentação do objeto do estudo e a metodologia definida.

Em relação à pesquisa de campo foram descritos os esforços em detalhar as primeiras incursões da pesquisadora no campo, buscando explorar as dificuldades, as facilidades e as opções metodológicas que conduziram nossa inserção no sistema criminal em Ilhéus/BA. Essa relato buscou, sobretudo, registrar a experiência de pesquisa, respeitando a particularidade do universo investigado, mas, também buscou oferecer detalhes sobre as experiências, o caminho empreendido, a opção consolidada por técnicas, as quais facilitaram a entrada no sistema penal, reconhecidamente, uma instituição com limites próprios de sua dinâmica laboral e institucional. Em geral, a instituição se caracteriza pela sua resistência a se abrir a agentes externos e por ser pouco transparente à pesquisa.

A apresentação do percurso da pesquisa buscou também explorar o contexto no qual esse estudo se debruçou, apresentando a organização judiciária na Bahia e a Varas Crimes em Ilhéus. Nessa parte, a pesquisa tenta descrever um pouco as condições sociais da cidade de Ilhéus, considerando a sua realidade de Comarca do interior de um estado do Nordeste brasileiro. Isso atribui uma especificidade à pesquisa, pois o sistema jurídico brasileiro é extremamente desigual no que diz respeito ao acesso, à estrutura do judiciário, ao protagonismo político dos tribunais (não o considerando de forma unívoca), à postura dos operadores do direito e à democratização da justiça. Além de apresentar a estrutura judiciária da Comarca de Ilhéus e sua varas crimes, a exposição

da organização dos cartórios criminais no interior das varas, também foi objeto de análise, ao revelar práticas pertinentes à cultura jurídica local.

4.2 A pesquisa de campo nos tribunais – a coleta de dados

É comum, quando se apresenta o percurso metodológico do objeto analítico, procurar definir as etapas preliminares da pesquisa de campo. Um dos primeiros momentos na construção da pesquisa foi a pesquisa de campo, a entrada da pesquisadora no campo e, posteriormente, a definição dos sujeitos envolvidos, de modo a delimitá-la sobre casos particulares da realidade complexa dos tribunais brasileiros, já que foi feita uma opção pelo estudo das sentenças do crime de estupro contra crianças e adolescentes. Tal opção foi feita em razão da possibilidade de fornecer explicações nas particularidades de cada contexto em estudo, sobretudo, em razão da possibilidade de aprofundamento que o método oferece.

O problema não saltou aos olhos de forma pontual, foi sendo processado, construído, alimentado com o envolvimento da pesquisadora com outros trabalhos dentro do tema, realizados na oportunidade da condição de professora contratada do Departamento de Educação, da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), na cidade de Ilheus/BA. Nessa qualidade, como membro desde 2005 do Grupo de Pesquisa *Violência, Políticas de Drogas e Direitos Humanos*, coordenado pelo Prof^o Dr. Paulo Fraga, a atuação como pesquisadora e coordenadora de projetos de pesquisa contribuiu muito para o desenvolvimento dessas reflexões. Sobretudo no campo da violência contra crianças e implicações de todo e qualquer tipo de violência em que crianças fossem vitimizadas: homicídios, violência sexual, maus-tratos, com os quais a infância brasileira tem se deparado.

Escolher um tema como esse, que exige adentrar no sistema judiciário, não pareceu de antemão tarefa fácil e revelou alguns temores. O risco de iniciar um trabalho e posteriormente, sofrer advertência, de recusa ao acesso aos processos, significaria morte intelectual da pesquisa, uma vez que o objeto dessa pesquisa seriam os processos: os “autos” processuais ou, na acepção de Giddens (1991), as fichas simbólicas. A

curiosidade e a inquietação em desvendar o universo jurídico falaram mais alto e o risco foi assumido.

Após o recorte inicial, dos “crimes sexuais” contra crianças e adolescentes, o desenho da metodologia foi traçado, por uma leitura ainda incipiente que sofreu críticas durante a fase de qualificação da tese. O dimensionamento da metodologia anterior e o objeto não se revelaram oportunos para o tempo da pesquisa e a pretensão inicial de estudar o fluxo do sistema criminal. A análise dos crimes sexuais se mostrou mais própria à pesquisa qualitativa, projetando um foco de análise que mergulhasse nas nuances controversas sobre as práticas jurídicas na regulação desses crimes. O contato com a literatura internacional, na oportunidade de um sanduíche não sistemático⁷⁰, possibilitou um estreitamento com abordagens qualitativas específicas para o estudo de sentenças, como a *sentencing*, e resolveu a inquietação particular da minha posição enquanto pesquisadora. Quando me vi diante de um problema epistemológico gigante, caracterizado pelos meios do problema do conhecimento – método, teoria e procedimento – descobri que o pragmatismo intelectual tem seus limites, embora possa parecer vantajoso. O caminho é sempre ardiloso diante do conflito dos métodos.

Depois de uma reviravolta “epistemológica” nas opções da pesquisadora, a *sentencing* foi definida e o método de análise qualitativa escolhido na metodologia nesse campo de estudo. Era mister saber o que se buscava no campo, considerando que o sistema não ofereceria plena disponibilidade. Uma das principais preocupações na realização da pesquisa foi a questão do acesso ao sistema jurídico. Por onde começar? Um dos caminhos escolhidos foi buscar orientações técnicas de operadores do direito, reconhecendo a necessidade inicial de compreender a lógica e o caminho do fluxo do sistema criminal na cidade, na Comarca de Ilhéus, uma vez que a literatura temática se esgotara. Começava, nesse momento, a percepção das especificidades locais, as singularidades e peculiaridades desse sistema, desvendando a originalidade das opiniões dos operadores, através de suas colocações diante dos crimes sexuais. Nesse momento, durante a primeira conversa, ainda de caráter informal, percebeu-se que um diário de campo seria um precioso material a ser incorporado à dinâmica metodológica, bem

⁷⁰ Houve um pedido para realizar o estágio doutoral sanduíche no Canadá, na oportunidade desse trabalho, embora viabilizado, encontrou resistências na condição particular da pesquisadora. Durante o processo na Capes a mesma foi aprovada no processo de seleção pública para o exercício do magistério superior numa instituição federal. O tempo de estágio foi conferido apenas pelo período mínimo – 4 meses, comprometia prazos, ruptura de contrato. A opção foi realizá-lo de maneira informal, após contatos internacionais na Université Laval, em Quebec, Canadá.

como começaria a funcionar quase que como um glossário diante das projeções linguísticas do corpo técnico, nos tribunais.

O estudo (pessoal por parte da pesquisadora) da “linguagem técnica” dos tribunais foi um caminho escolhido⁷¹, que promoveu, posteriormente, o trabalho de redação da pesquisa, mas, inicialmente, foi conduzido para facilitar a inserção na dinâmica do sistema jurídico, para empreender o mínimo de questionamento aos operadores com demasiadas perguntas sobre a rotina funcional do movimento forense, uma vez que o meio, em geral é hostil. Era preciso sempre cautela e parcimônia nas interações entre os agentes penais e a figura de “fora” do meio, o que revelava inquietação. O mecanismo de socialização com o contexto da pesquisa foi incorporado como dispositivo de integração no *habitus* jurídico, buscando mais intimidade com o universo pesquisado. Além, é claro, de evitar situações constrangedoras, provocadas pela completa desinformação do universo pesquisado e poupar demandas na disponibilidade do técnico. As Varas Criminais em Ilhéus contam com número reduzido de funcionários, com alternâncias de carga horária e licença, férias, de modo que era mais comum a composição de apenas um funcionário, por turno, sobretudo pela manhã. Para evitar também constrangimentos em razão da distribuição do espaço, a pesquisa de campo se realizava prioritariamente pela manhã, horário mais tranquilo, em que a circulação de pessoas não era tão considerável.

O reconhecimento⁷² da condição de professora da UESC, considerando o universo de uma cidade interiorana, como o município de Ilhéus, onde as atividades dessa natureza costumam aglutinar sempre as mesmas pessoas, gera uma visibilidade nos meios institucionais. A porta de entrada da pesquisa foi de certa forma facilitada, favorecida por essa condição particular. Foi notório esse favorecimento, nos primeiros contatos. A desconfiança inicial, comum no âmbito das pesquisas de campo, particularmente no judiciário, foi dirimida em razão do conhecimento da pesquisadora de agentes centrais do sistema (na delegacia, na defensoria pública, na promotoria) em ambientes informais. As falas se dirigiam ao argumento de confiança no trabalho, por isso permitiam o acesso. Essa condição também evitava situações mais burocráticas do sistema para seu acesso, uma vez que dispensaria ofícios e autorizações dirigidas,

⁷¹ Também facilitado pela experiência pessoal da pesquisadora enquanto aluna de um curso de direito não concluído.

⁷² A apropriação do termo aqui está mais próxima ao conceito weberiano de *status* que o de Fraser (2007).

influenciando o tempo da pesquisa de campo. Autorizações só seriam advindas de Juiz Titular da Vara, e no caso da Comarca de Ilhéus.

O presente estudo, entretanto, se voltava à análise das sentenças, constituídas nos processos que se localizam nos cartórios das Varas Crimes, e dependia da autorização da Chefia do cartório para manusear os autos⁷³. Um dos argumentos mais comuns que se ouvia era o brocado jurídico: *segredo de justiça*. O segredo de justiça agora passa a ser o algoz da pesquisa e se mostrava necessário o empenho por parte da pesquisadora para contradizer essa argumentação.

Após alguns encontros com o chefe do cartório da primeira Vara Criminal⁷⁴, apresentando a proposta da pesquisa, a concessão foi afirmada e um espaço no ambiente de trabalho foi deslocado para que os processos pudessem ser manuseados. A necessária explicação da catalogação dos processos nas estantes já apresentava a significância da organização e a pesquisa se iniciava. Durante o período da pesquisa, ocorreu a mudança de residência da pesquisadora para outro Estado. O pedido para digitalizar os processos⁷⁵ foi solicitado e prontamente atendido diante da interação inicial estabelecida. A eventualidade dessa ocorrência acabou oferecendo uma zona de conforto para pesquisadora: o material da pesquisa, seu objeto estava preservado, agora livre de qualquer adversidade diante da resistência do judiciário. Estava na mão.

Como a metodologia definida anteriormente vislumbrou a análise dos crimes sexuais da Comarca de Ilhéus, esse universo foi sistematizado. Os números absolutos no levantamento de todos os processos sentenciados na Primeira Vara Crime de Ilhéus e Segunda Vara de Ilhéus se referem ao universo de 3096 processos, entre os anos de 1957 (processo mais antigo) a 2008.

Vale lembrar também que essas datas referem sempre às datas da denúncia ou da queixa. É o momento de entrada oficial do processo na instituição jurídica. Logo, as datas arroladas nesse estudo referem-se a essa data da iniciativa jurídica. Quando se fala em *sentença de 1999*, refere-se à data da iniciativa jurídica e não ao ano da sentença.

⁷³ Por determinação de autoridade judiciária, somente operadores do direito – advogados, promotores ou juízes – podem ter acesso e manusear os “autos”. Pela responsabilidade legal do chefe do cartório, que é considerado depositário fiel do Estado.

⁷⁴ A pesquisa foi realizada nas duas Varas existentes, mas o chefe do primeiro cartório dispunha de maior cobertura da gestão dos negócios penais, em razão de constituir-se ali o cartório mais antigo, de maior número de processos. Com a segunda Vara Crime não foi possível muita aproximação, em razão das dificuldades de encontro com o gestor local do cartório. Contudo, por se tratar de uma vara nova, só se encontraram 12 processos sentenciados de crimes sexuais. Dessa forma, os mesmos foram garantidos para a análise, sob a intervenção do chefe do primeiro cartório que facilitou a inserção no local, mesmo sem muita interação com os agentes desse cartório.

⁷⁵ Esse trabalho contou com a ajuda de uma estagiária do direito.

Isso porque toda a aplicação da norma se refere a essa data da iniciativa e não à data final da sentença.

Uma vez tendo em mãos os todos os processos sentenciados de crimes sexuais existentes nas varas, se estabeleceu o filtro metodológico orientado pelas categorias de análise da *sentencing*, na pesquisa qualitativa. Essa opção exigia maior complexidade na natureza da análise, em razão desses caracterizarem documentos históricos. As fontes de documentos históricos exigem uma validade, autenticidade na interpretação para consolidar a veracidade dos fatos relatados, de modo que certos tipos de documentos oficiais, embora sejam caracterizados como públicos engendram dificuldades práticas ao seu acesso. Isso porque, segundo Grawitz (2001), uma característica importante desses documentos escritos é que o pesquisador não exerce nenhum controle sobre a maneira como essas fontes estão estabelecidas. Nesse sentido, o caminho de seleção, interpretação e comparação desses materiais para torná-los utilizáveis é exaustivo. O tempo entre a busca durante as visitas ao fórum rotineiramente e sua aquisição completa sob forma de digitalização sugou bastante tempo da pesquisa.

Outra questão que também implicou nesse filtro, reduzindo a opção dos crimes sexuais para um tipo de crime, foi apontada como orientação durante a fase da qualificação. O período coberto pela pesquisa foi relativamente grande, em torno de 51 anos, de 1957 a 2008. Para uma análise socialmente contextualizada esse período envolve mudanças sociais significativas, particularmente para a realidade brasileira. Isso implicou em levar em consideração, numa pesquisa qualitativa, toda a complexidade dessas mudanças refletidas nas sentenças. Os processos de mudanças sociais durante esse período caracterizam-se, por exemplo, pela mudança de um regime político ditatorial para uma transição democrática e as alterações legais que isso envolve, bem como as implicações nas práticas jurídicas das mudanças das mentalidades. Essas mudanças exigiam maior complexidade no corte metodológico, montando um quadro de limites previamente estabelecido para considerar esses elementos de forma organizada.

Dessa forma, algumas definições rigorosas no campo de análise traçaram o limite, como diria Barthes, e foi necessário indicar os lugares possíveis do território de atuação desses documentos. O universo contextualizado exigia considerar as mudanças nos instrumentos legais que balizam o *corpus* desses processos, definidas aqui pelos instrumentos: incorporação de um novo ordenamento jurídico para proteção de crianças e adolescentes, caracterizada pela Lei nº 8069, de 1990 – ECA; também a Lei nº 8072,

1990 – Crimes Hediondos, que passa a regular o crime de estupro, como foi apontado no capítulo 2, deste trabalho. Nesse sentido, o corte metodológico para análise desse trabalho foi dividido em dois momentos: antes e depois do ano de 1990, aqui categorizados como *primeiro* e *segundo* momento, em razão dos dois instrumentos que alteraram o modo de regulação das sentenças datarem do mesmo ano. Reitera-se que, para efeito desse trabalho, a mudança da lei nova do estupro não se incorporou a essa análise, tendo em vista que os processos sentenciados foram limitados até o ano de 2008.

QUADRO 4 - Período de análise das sentenças

Primeiro momento – pré -1990	Segundo momento – pós -1990
Processos sentenciados do ano de 1964 ⁷⁶ a 1990	Processos sentenciados do ano de 1991 ⁷⁷ a 2008

Isso não implicou em reconhecer que os crimes sexuais (nos quais o crime de estupro se enquadra) classificados no Código Penal brasileiro não sofreram consideráveis mudanças ao longo dos quase 70 anos de implementação do decreto-lei nº 2.848, em 07 de dezembro de 1940. Certamente, existiram alterações nas concepções doutrinárias de ordem institucional, nos procedimentos processuais revogando dispositivos no Código de Processo Penal, e de ordem cultural dos operadores que não coadunavam mais com determinados preceitos morais impetrados na norma jurídica. É claro que essa transformação nos tribunais foi sendo construída pelo reflexo da permeabilidade do sistema às mudanças das relações de gênero na sociedade e a acentuada mobilização por parte do movimento feminista e da sociedade de modo geral, que não poupou esforços na luta por preceitos dignos à natureza feminina e a sua liberdade sexual.

⁷⁶ O estudo teve alcance de todos os processos sentenciados na Primeira Vara Crime para poder selecionar os crimes sexuais e depois filtrar os crimes de estupro. O processo sentenciado mais antigo foi de 1957 e o mais antigo processo de estupro datou de 1964.

⁷⁷ Para efeito da metodologia, o corte do ano de 1990 para os processos do primeiro momento e a partir de 1991 para o segundo momento foi eleito dessa forma, pois as duas ordens legais foram criadas a partir do segundo semestre de 1990 e para o alcance de seu efeito, embora formalmente, de caráter imediato, não revelaram mudanças significativas no intercurso de seis meses entre um momento e o outro. O marco foi realizado aqui para efeito metodológico.

A pesquisa se propôs a investigar as sentenças no crime de estupro (art. 213) contra crianças e adolescentes na cidade de Ilhéus, levantando todos os processos existentes na primeira e segunda Varas Crimes da referida Comarca, desde o ano de 1964, no qual foi encontrado o processo mais antigo de crime de estupro contra criança e adolescente, nessa Comarca. Isso implicou em definições apriorísticas na metodologia e certo esforço na análise das condutas e da acepção dos tribunais ao longo de uma “série histórica” dos crimes sexuais, durante os 44 anos de intervalo entre os processos sentenciados mais antigos (1964) e os mais recentes (2008). Contudo, os resultados mostraram que a inquietação inicial não se configurou tão dificultosa, em razão das mudanças tímidas do tribunal ilheense.

Nesse particular, um histórico a partir das séries longas, cobrindo períodos longos de análise para um estudo de regras jurídicas (lei de estupro) antigas, segundo Robert (2007), tem validade significativa, pois se torna possível encontrar nos arquivos (processos) públicos materiais elucidativos sobre o desempenho dos diferentes atores em jogo, os protagonistas decisivos, bem como a percepção dos processos de mudança dos decisórios, e o universo contextual que corrobora para o desempenho dessa instituição político-jurídica. A técnica de investigação vai buscar, nas sentenças, o elemento discursivo, focalizando em quem fala (o juiz) e o seu contexto (a organização judiciária e o complexo social em que ela se assenta no período). Na discussão da querela do método, o autor endossa a opção teórica qualitativa afirmando que a avaliação da suficiência do *corpus* para aquisição dessas informações resulta de uma questão estritamente empírica.

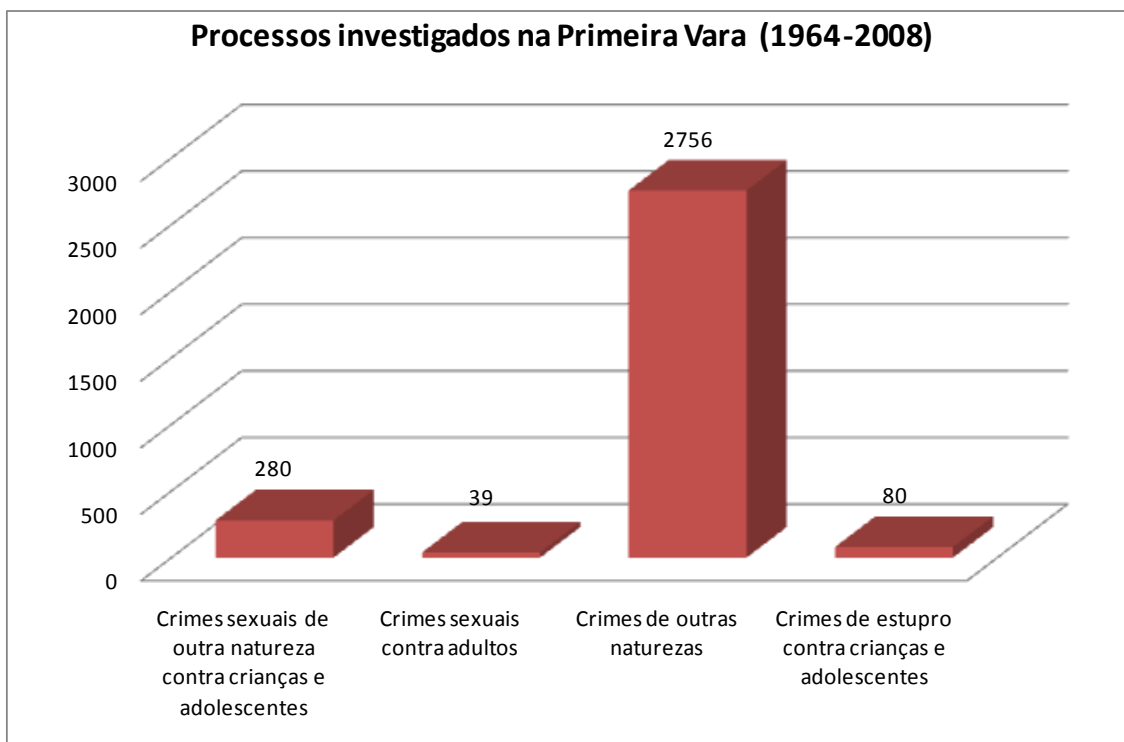
Em razão desse corte metodológico definiu-se, para efeito desse estudo, que os processos investigados seriam selecionados até o ano de 2008, sob a égide ainda das últimas alterações⁷⁸ no Código no que tange ao crime de estupro de crianças e adolescentes, anteriores a nova lei. Isso não implica em perfazer análises com a nova lei durante o momento de apreciação dos resultados da pesquisa. Isso posto, confere-se no Quadro 2 (Capítulo 2 deste trabalho) a sistematização da legislação envolvida que foi selecionada para efeito desta pesquisa. Os crimes definidos pelo Título VI – Crimes

⁷⁸ O Código Penal no que tange o crime de estupro apresentou alterações no ano de 1990 e 1994, durante o período delimitado pela pesquisa (1964 a 2008). Alterações constituídas por vetos, inclusão de dispositivos, revogação de conduta, nova redação. Para efeito deste estudo o crime de estupro envolve outros artigos do código que caracterizam as formas qualificadas e a presunção da violência, bem como as alterações legais do ano de 1990 definidas pela incorporação do ECA e da lei de Crimes Hediondos. A alteração do ano de 1994 refere-se à alteração da Lei de Crime Hediondo.

contra os Costumes, no Capítulo I – dos Crimes contra a Liberdade Sexual, caracterizados pelo art. 213 do Código Penal.

O corte metodológico reduziu consideravelmente o objeto de estudo, conforme se pode observar nos gráficos abaixo, definindo o número de 84 sentenças analisadas. Segue o gráfico da Primeira Vara:

Gráfico 1



A recente criação da Segunda Vara e sua forma de organização dos autos imprimiu certa dificuldade de levantar todos os processos sentenciados. Contudo, a chefia do cartório tinha pleno domínio da entrada no sistema de crimes dessa natureza e os selecionou, sem muita dificuldade, uma vez que eram apenas 12 processos de crimes sexuais e apenas 4 de estupro, conforme é possível observar no Quadro 5.

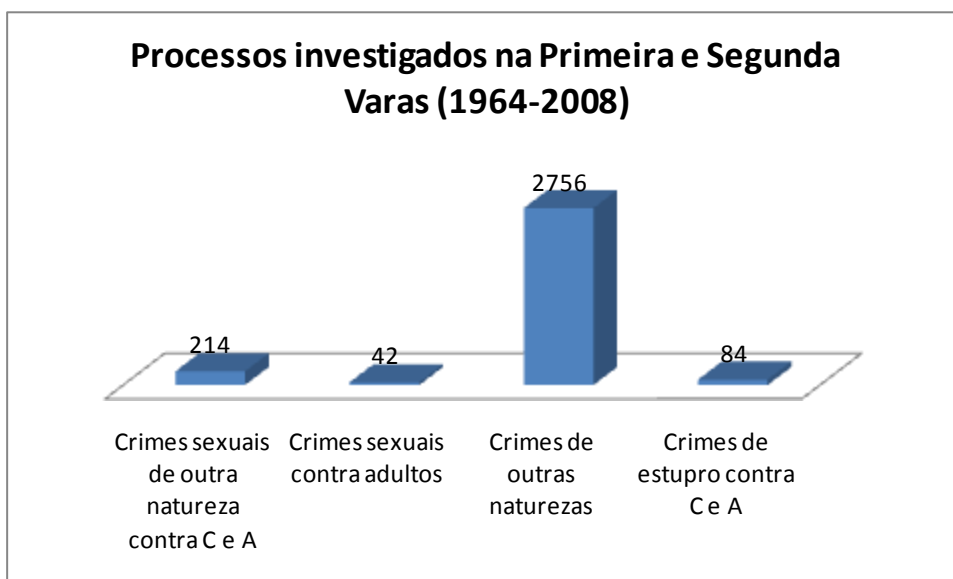
QUADRO 5 – Processos investigados na Segunda Vara

<i>Especificidade do crime</i>	<i>Totais</i>
Crimes sexuais contra crianças e adolescentes	12
Crimes sexuais envolvendo adultos	4
Crimes de outras naturezas encontrados na Vara (drogas, ameaça, meio ambiente, lesão corporal, estelionato, de contravenções penais etc.)	Não foi fornecido
Total de processos no cartório da Primeira Vara	Não foi fornecido

Fonte: Pesquisa de campo (2009)

Dessa forma, registra-se, então, a coleta de dados dessa pesquisa de acordo com o total de processos na Primeira e Segunda Varas:

Gráfico 2



Observa-se que os quantitativos das variáveis expressos na Primeira Vara Crime não foram coletados na Segunda Vara Crime, uma vez que, inicialmente, o estudo seria realizado somente na Primeira Vara. Em conversa informal com a chefe da Segunda Vara Crime foi possível observar que havia um baixíssimo registro de crimes sentenciados na Segunda Vara. Segundo a chefe do cartório, só havia 4 processos de

estupro sentenciados, o que permitiu a incorporação da Segunda Vara e garantiu a investigação da *cobertura completa dos crimes de estupro na Comarca de Ilheús*, no período definido. Contudo, os quantitativos dos demais crimes não foram levantados da mesma forma que na primeira Vara, por isso a ausência desses dados na Segunda Vara.

Vale registrar que os crimes selecionados ora aparecem combinados com outros artigos, definindo com maior precisão a conduta delituosa. A pesquisa de campo para esse levantamento foi realizada durante junho, julho e agosto do ano de 2009 e, posteriormente, no ano de 2010, ocorreu o retorno à cidade para sua digitalização e para complementação de alguns dados. A feitura mais pormenorizada na manipulação dos processos durante a coleta de dados pode ser agora apropriada como fichas simbólicas, dentro de uma perspectiva que considera os registros públicos documentais como parte de uma engenharia na cadeia burocrática da organização político-jurídica. As fichas simbólicas contêm uma quantidade de informações da ordem sociológica e histórica pletórica.

A coleta de dados nas duas Varas foi realizada com fichas avulsas, conforme o anexo 1, nas quais a pesquisadora, após a leitura da cada processo, registrava⁷⁹ a tipificação criminal da denúncia e/ou queixa, o ano do ocorrido, o número da caixa e, quando a identificação de processos de interesse da pesquisa, o número do processo. Isso já permite a localização dos autos nas posteriores retomadas aos “autos”.

4.3 As fichas simbólicas – os processos

Baseada na acepção de Barbosa, aludindo ao trabalho de Chiavenato (2008), que postula que o mundo é uma grande sociedade constituída de organizações que realizam atividades para produção de bens (produtos) e atividades para prestação de serviços (atividades especializadas), considera-se que os processos ou “autos” são unidades de informação conhecidas e referenciadas de acordo com o ambiente interno das Varas. Giddens (1996), numa perspectiva mais sociológica, considerando os “autos” processuais uma categoria analítica, destaca como os processos traduzem a

⁷⁹ O registro do ano do ocorrido e a tipificação do delito teve por base modelo o documento do Ministério Público, em caso de ação privada foi conferida pelo inquérito policial.

imediatividade das relações sociais em instrumentos outros que não as relações de face-a-face, defendendo a base analítica dos processos como fichas simbólicas:

Os autos processuais podem ser entendidos como fichas simbólicas porque procuram viabilizar a circulação dos processos de interação entre os sistemas peritos que compõem o campo da Justiça Criminal, de forma abstrata e impessoal e sem conexões com os indivíduos e aos tempos lógicos sobre os quais esses documentos se referem. Esses documentos nada mais são do que as representações escritas, conforme a interpretação dos agentes, acerca do fato definido como criminoso e dos envolvidos neste e de acordo com os sistemas e produção da verdade vigente em cada um dos sistemas peritos (RIBEIRO, 2009, p. 29).

Diante da pesquisa nas duas Varas Criminais da Comarca de Ilhéus, voltar-se para os processos objetivava, inicialmente, compreender a organização desse material no espaço no qual esses documentos se alojavam. A primeira impressão não é das mais convidativas ao nos depararmos com o volume de “papéis” para todos os lados. Confirmado o dado no relatório de inspeção do Conselho Nacional de Justiça (2008). No documento, afirma-se, sobre a realidade da Bahia, que não há uma padronização no sistema de armazenamento dos processos, dentro dos cartórios. Entender essa configuração de organização revelou que a forma de distribuir os processos nas estantes caracterizava os procedimentos essenciais, pilares da organização dos processos configurados pelas próprias regulações prescritas no Código de Processo Penal: processos aguardando cumprimento de penas, processos já sentenciados, processos aguardando guias de execução; processos aguardando vistas; processos de réus presos; processos de réus soltos; processos aguardando diligência do cartório etc.

Numa perspectiva comparativa, percebia-se que as práticas de organização dos autos se diferenciam de cartório para cartório e essa informação foi justificada em razão da adoção na Primeira Vara Crime de Ilhéus da sugestão da Corregedoria da Justiça⁸⁰. Na Primeira Vara Criminal, a orientação contemplava a organização baseada nos procedimentos processuais, visando garantir minimamente os prazos legais. Outras formas de organização podem ser encontradas nessa dinâmica de gestão dos processos: a partir do ano de entrada no sistema (cadastrado pela distribuição); pelo tipo de crime etc. As duas Varas Criminais em Ilhéus diferiam por uma questão de autonomia no gerenciamento das funções de autoridade laboral do chefe de cada cartório.

⁸⁰ Segundo informações de campo, existe uma orientação por parte da Corregedoria Judiciária para facilitar o trabalho cartorial na disposição e classificação dos autos.

A organização dos processos na Primeira Vara alojava o maior número de processo, em razão de ser mais antiga, datando da criação do Fórum, em 1943. Todo o material foi recentemente organizado a partir dessa condução estrutural e exigiu muitos esforços da equipe de trabalho dessa Vara, pois, antes de 2000, essa Vara havia sido considerada desordenada em termos de disposição dos processos⁸¹. Além do grande volume de processos, a Vara só possuía um funcionário do corpo técnico judiciário sem instrumentalização de técnicas de sistematização de informações referenciadas. Somente a partir de 2005, os autos começaram a ser organizados e cadastrados, por meio de instruções processuais, classificados por caixas coloridas. Cada cor estava condicionada a uma itemização das variáveis do sistema de informação do banco de dados processuais. A legenda dessa organização era definida da seguinte forma:

a. caixas amarelas: processos aguardando cumprimento de pena – processos já sentenciados e com as guias de execução expedidas.

b. caixas verdes: processos aguardando “vista” do Ministério Público ou da defesa. Esses processos estão em andamento e dependem da apreciação das partes (acusação e defesa), que podem solicitar alguma instrução processual a ser incorporada antes da sentença, com a autorização do juiz. Esses processos encontram-se na fase final do fluxo criminal de justiça e estão aguardando somente esse procedimento das partes para seguir para sentença do juiz. As partes costumam se manifestar nesse momento, verificando também a legalidade dos procedimentos, sob pena de alegação de interrupção da movimentação forense. No campo, percebe-se que essa fase exige muito controle do chefe do cartório, com a documentação retirada pelas partes, que podem levar para casa ou escritório, para apreciação. Em ocorrência dessa situação, a morosidade processual ganha mais elementos na composição de sua manifestação. Os prazos legais nem sempre são possíveis de serem observados, em razão de vários fatores da dinâmica da prática judiciária. Embora não tenham sido objeto desse estudo as causas dessa morosidade nos serviços judiciários, durante a pesquisa o argumento mais aventado foi o número insuficiente de pessoas. Existe uma morosidade necessária, que faz parte do tempo processual prescrito no Código de Processo Penal. Contudo, a realidade das práticas jurídicas nos tribunais não é uniforme com relação à tendência

⁸¹ Segundo chefe do Cartório, nesse período, a Corregedoria de Salvador em visita a Comarca fez sugestões para organização dos processos.

dessa observância nos prazos legais. Isso varia bastante, em razão da qualidade, sobretudo, da cobrança por parte da defesa.

c. caixas vermelhas: são os processos dos réus presos. Essas fichas simbólicas recebem o maior cuidado por parte dos operadores em razão dos prazos, com a implicação da situação da privação de liberdade que se encontra o réu. Isso se justifica por dois fatores. Primeiro em razão do imperativo da ampla defesa, só concedendo essa condição antes da definição da sentença, em casos definidos em lei. E, em segundo lugar, implica em comprometimento de atrasos de prazo, “falhas” em termos de não concomitância das regulações do CPP ao postular o favorecimento da soltura. Segundo os operadores do cartório, essas caixas sofrem maior rigor e também *prioridade*⁸² na condução das instruções processuais.

d. caixas azuis: processos de réus soltos. São as caixas de maior volume no cartório, pois aglutinam os processos ainda em andamento, salvo os já classificados anteriormente, na fase de instrução processual. Estão aguardando a programação pelo cartório para que as instruções sejam marcadas: convocação das testemunhas, apresentação de provas etc. Também se avolumam em grande quantidade, pois reúnem processos sem indiciamento, ou seja, sem autoria definida, nos casos em que a conclusão do inquérito policial não definiu o indiciado, sob o argumento da impossibilidade⁸³ investigativa da autoria do crime (acusado sem endereço fixo, inexistência de endereço, acusado que foge, distancia entre a queixa e fato ocorrido, perdendo os elementos de investigação etc.).

Em razão desse grande volume de processos, as caixas azuis recebem internamente mais três classificações: nas de numeração na ordem da centena 500, estão os processos com audiência já designada; as de numeração na ordem da centena 600 e 700 registram os processos aguardando diligência do cartório para outros tipos de instrução processual; e as de numeração da milhar 1000 reúnem processos que estão aguardando “guia de execução” de penas que não sejam de privação de liberdade já sentenciados.

⁸² Grifo meu.

⁸³ Essas possibilidades, por vezes, são questionadas em juízo sofrendo reiteração de alguns procedimentos investigativos pela autoridade judiciária às delegacias. Na pesquisa de campo, ouviram-se relatos de agentes públicos nesse âmbito de responsabilização alegando que os processos de crimes contra crianças e adolescentes sofrem mais cobrança tanto da Promotoria da Infância, quanto da autoridade judiciária, exigindo o conhecimento da autoria do crime.

Essa forma de organização facilitou muito o trabalho de pesquisa, pois o que se buscou para essa pesquisa foram os processos sentenciados. Sendo assim, o trabalho de pesquisa foi mais exaustivo em razão de levantar todos os processos sentenciados na Primeira Vara desde sua criação. Não significa que todos os processos existentes naquela Vara foram contemplados pela apreciação da pesquisadora, pois a informação que se deu no ambiente cartorial foi que processos muito antigos, com precarização material de manipulação, foram enviados para o Tribunal de Justiça de Salvador. Os existentes na Vara foram todos apreciados segundo a tabela abaixo de classificação dos processos manipulados na Primeira Vara, para pesquisa no período de 1943 a 2008. No que tange aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes sentenciados dentro da definição reclamada na metodologia, o processo mais antigo data de 1957 e o mais recente data de 2008; quanto aos crimes de estupro, o processo mais antigo foi de 1964. Considerando os diferentes documentos no corpo do processo, optou-se para definição do ano, a **data da denúncia** realizada pelo Ministério Público.

Na Segunda Vara Criminal na Comarca de Ilhéus, a organização dos processos está classificada por ano de entrada no sistema pela distribuição. Tendo essa orientação na forma de organização dificultado um pouco a procura dos processos selecionados pela pesquisa, uma vez que o ano não oferecia elementos suficientes para a seleção prévia defendida pela pesquisa: processos sentenciados de crimes contra crianças e adolescentes. Observou-se, nesse particular, o destaque a esses crimes, chamando a atenção dos operadores pela hediondez das condutas, o que inclusive garantia a recuperação dos autos no banco de informações cartoriais. Contudo, em razão de ao crime de estupro está aplicada a hediondez somente a partir de 1990, ficariam descobertos os outros anos, caso a busca fosse feita por esse critério. Considerou-se ainda a reduzida quantidade de processos, frente à Primeira Vara.

A Segunda Vara foi criada posteriormente, devido ao movimento forense, no final da década de 1980, mais precisamente em 1987. Nesse sentido, embora a chefia do cartório empreenda o domínio dos “autos” na organização processual, usam-se critérios de formalização da disposição das fichas simbólicas de forma ainda artesanal e pouco resolutiva no plano da gestão dos processos, o que implicou em desfavorecimento do acesso e a morosidade processual. A única variável de orientação da documentação é registrada pelo ano do processo, o que empreende dificuldades severas na dinâmica cartorial.

Reconhecendo os processos como fichas simbólicas, ou seja, representações escritas do *habitus* jurídico reguladas pelo Código de Processo Legal, existem variadas documentações no seu interior que ganham significados na interpretação dos agentes públicos na condução de sua organização. Dessa forma, a configuração dessa documentação se constituiu pela portaria que expede o inquérito policial ou o auto de prisão flagrante. Essa documentação é remetida ao Ministério Público para postular a denúncia, em caso de ação penal pública. Não ocorrendo a remissão do documento reclamando a incriminação legal pelo órgão público pode ser engendrada pela representação da vítima nos tribunais – o advogado, nos casos específicos da lei (já apresentados na questão referente a ações penais).

4.4 A metodologia

O campo de compreensão nas ciências sociais revela instrumentos interpretativos importantes para a compreensão da realidade. A sociologia compreensiva de Weber tem destaque privilegiado nessa configuração, particularmente para pensar a burocracia e a racionalidade das instituições político-jurídicas das sociedades contemporâneas. O problema sociológico aqui apreendido pelas práticas jurídicas dos crimes de estupro revela, dentro de uma análise qualitativa, a ordem econômica e social na qual elas se projetam a partir de uma racionalidade interna do sistema judicial.

A especificidade do objeto estabelece conexões e significado cultural nas suas mais diversas expressões práticas políticas e ideológicas, seja pela natureza quantitativa ou qualitativa desse objeto aqui elencadas pelas categorias de análise previamente definidas. Por outro lado, a sociologia weberiana, ancorada na análise histórica e na compreensão qualitativa dos processos históricos e sociais, distingue o conhecimento científico dos julgamentos de valores, combinando explicação e compreensão na busca pelos elementos determinantes das práticas jurídicas como elemento revelador de um domínio jurídico legal. Para Weber o Estado Moderno encontra sua legitimidade no estatuto legal quando declara: “Hoje, a forma mais comum de legitimidade é a crença na legalidade, ou seja, a aquiescência dos decretos que são formalmente corretos e que tem sido impostos por procedimentos costumeiros” (WEBER, 2002, p. 69).

Weber, contrariamente a Durkheim, por não separar as estruturas das instituições sociais, procura se centrar no homem vivo, na maneira como ele se comporta na sociedade e como ele a transforma, dentro de racionalidades próprias. Ele procura o significado que essas instituições têm para aqueles que nelas estão inseridos e é justamente esse significado que, muitas das vezes, pode ser a causa da mudança.

O olhar sobre a coexistência de múltiplas normas a partir do estudo da criação de uma norma penal, aqui definida pelo estupro, revela o contexto político de sua emergência. Robert (2007) ressalta que não se pode entender a criação de uma lei estudando somente sua aplicação. O autor reconhece que a figura do juiz projeta a regra jurídica, para além da disposição legislativa. Por isso, entender os signos dessa aplicação, no envolvimento de um contexto social, exige uma compreensão do significado da legitimidade jurídica legal. Para analisá-la, é preciso mergulhar na subjetividade das ações sociais das práticas jurídicas dos tribunais. O método de análise principal foi o **qualitativo**, com a *técnica de análise de conteúdo*. A análise quantitativa será arrolada em caráter complementar à análise principal, reconhecendo que os dois métodos, embora com abordagens distintas, buscam o mesmo desafio: conhecer a realidade de um evento. Uma vez que essa convergência busca estabelecer fronteiras cada vez menos rígidas entre as várias dimensões do real, neste estudo, o uso de estatísticas foi incorporado para ajudar na composição da interpretação do fenômeno,

Nesse sentido, as fronteiras rígidas entre a abordagem tradicional e a abordagem sociológica apresentadas pelos autores (VANHAMME; BEYENS, 2007; PRATES, 2008) da *sentencing* aqui arrolados não ganham relevo nesse trabalho, por entender que essa discussão epistemológica entre essas duas abordagens apresenta dois problemas:

- a. A distinção textual entre abordagem *tradicional* e abordagem *sociológica* parece impregnada de uma visão entre dois mundos díspares, entre os métodos de análise de uma abordagem quantitativa e qualitativa, onde um necessariamente anula o outro e, conseqüentemente, um não reconhecimento de *ambas* abordagens enquanto um complexo analítico *sociológico*. A implicação dessa leitura são os limites, seja de extensão, seja de significado, na priorização de determinados objetos. Não significa dizer que essa pluriabordagem, que busca convergir os dois métodos (qualitativo e quantitativo) exija que todo objeto

tenha que se enquadrar nessa plurimetodologia, mas apenas em reconhecer que as categorias definidas na abordagem tradicional nos determinantes decisórios são passíveis de uma complexa forma de análise e também se enquadram num significado dos comportamentos sociais próprios da perspectiva sociológica. Assim os critérios extralegais da abordagem tradicional estão carregados de significados reveladores e são muito mais enriquecidos quando ajustam suas validações internas e externas.

- b. A complexidade dos objetos em contextos sociais com frágeis capacidades de interação, a fragilidade na incorporação das ordens legais às ordens extralegais ou informais, a fragilidade do complexo político na dispersão social, tudo isso nos parece preocupante nas análises sociais. Quando se apropria de determinado método ou instrumento de análise, trabalha-se *a priori* com os instrumentos da ordem legal e, posteriormente, se busca pelos significados das ordens informais. Contudo, se o pesquisador não reconhece esses limites colocados pela própria realidade social, de fato, os métodos se esvaziam na sua capacidade de interpretar a realidade. Portanto, uma inferência estatística de uma abordagem quantitativa pode avançar no campo interpretativo, quando aliada a uma abordagem qualitativa na busca desse significado.

O método quantitativo foi usado para analisar as variáveis dos critérios extralegais caracterizando um conjunto de variáveis para vítima e para agressor, bem como algumas variáveis que compõem a caracterização dos processos judiciais dos crimes de estupro em Ilhéus. As inferências quantitativas sobre o processo foram contempladas para facilitar a contextualização do universo social da instituição jurídica sobre o qual esse estudo se debruçou.

Essas análises serão arroladas ao longo dos capítulos, de forma a completar os temas abordados durante a revisão da literatura, de modo a inserir as informações sobre os processos judiciais aqui estudados. Dessa forma, as análises complementares apontadas pelo método quantitativo foram distribuídas no texto, dialogando com a literatura.

A técnica de análise de conteúdo foi resgatada aqui como a mais apropriada para o estudo das sentenças, em razão da possibilidade de pinçar o simbolismo inscrito nas ações sociais, a partir dos traços do pensamento dos magistrados inscritos nos

documentos (as fichas simbólicas), caracterizando a pesquisa qualitativa. Como destaca Gauthier (2006, p. 358):

Si nous insistons sur le fait symbolique, c'est que la connaissance des caractéristiques propres à l'activité symbolique humaine est un préalable à la maîtrise de l'analyse de contenu. Faire une analyse de contenu, c'est produire du langage (le discours savant d'interprétation des documents) à partir du langage (les documents analysés résultant d'une interprétation du monde).

O conhecimento das operações da análise de conteúdo nas ciências sociais revela um conjunto de abordagens metodológicas recorrentes nos métodos e técnicas utilizados para interpretar os documentos dentro de um objetivo para conhecer a vida social. Durante os anos 1950, Berleson e Lazarfeld foram os primeiros pesquisadores a produzirem uma sistematização do conjunto de abordagens de análise de conteúdo⁸⁴, sofisticando ainda mais a técnica. Eles estabeleceram a diferença entre documento oficial e documentos privados, escritos, iconográficos, uso de estatísticas e sua validação, banco de dados, imprensa, material de publicidade, biografias; bem como os métodos da técnica de estudo de documentos (GRAWITZ, 2001).

Uma vez escolhido o material de análise definido por documentos escritos públicos, caracterizados pelas sentenças judiciais, constituídas nas fichas simbólicas – os autos processuais –, foi preciso definir a técnica qualitativa para o estudo das sentenças. A técnica escolhida foi orientada por Grawitz (2001), definida pela análise de exploração dirigida. Gauthier (2006) também trabalha com essa técnica com a denominação análise de conteúdo temática. Essa técnica explora uma hipótese previamente definida, buscando analisar um objeto preciso (GRAWITZ, 2001). Dessa forma, a hipótese aqui arrolada caracterizou-se pela consubstanciação do estudo teórico da *sentencing* em que trabalha com a premissa de uma desigualdade nos tribunais, a partir da aplicação das sanções legais, caracterizando a disparidade das penas nos crimes de estupro. Os determinantes dos decisórios jurídicos revelam uma racionalidade da prática judiciária própria, imersa numa moralização dos costumes.

Vale registrar que a leitura dos “autos” se dirigiu precisamente ao conteúdo das sentenças judiciais. Contudo, para compreender o movimento das informações das sentenças foi preciso também fazer a leitura dos “autos” por completo, uma vez que

⁸⁴ Segundo Gauthier (2006) antes deles, no século XIX, Gustave Lason já utilizava análise de conteúdo, formulando as regras hermenêuticas. Durante a Segunda Guerra Mundial a técnica também foi muito utilizada como objeto de espionagem. O autor reitera que, ainda hoje, os serviços de informação recorrem a essa técnica.

esse documento, por vezes, revela-se relativamente condensado, remetendo a informações de outras partes do processo. Essa leitura completa também favoreceu consideravelmente o trabalho, na medida que as conexões, correspondências e interações puderam ser observadas, bem como seus paradoxos. Dessa forma, a visão panorâmica dos casos permitiu algumas inferências, sobretudo na visão contínua dos processos, caracterizando a visão geral das sentenças investigadas.

Isso posto, no universo da hipótese apresentada, os principais elementos que foram buscados no estudo: *os determinantes dos decisórios dos magistrados – a racionalização da moralização dos costumes – as disparidades das penas – as desigualdades dos tribunais*. Essa hipótese não foi sacralizada, deixando fluir os elementos que pudessem vir a não validar essa hipótese, a fim de não arriscar deixar de fora os elementos essenciais que previamente poderiam saltar dos dados. Por isso, as constantes inserções analíticas durante o diálogo com a literatura. A análise dirigida foi uma opção para ajudar a classificação das categorias de análise previamente definidas pela *sentencing* e ajustadas ao objeto. Segundo Grawitz (2001), as categorias representam *la démarche* essencial da análise de conteúdo. São elas que ligam os objetivos aos resultados, ou seja, a validação ou não da hipótese explicativa. Como declara o autor (op. cit) *une analyse de contenu vaut ce que valent ses catégories* (p. 617). O autor reforça a orientação declarando que as categorias devem ser *exclusivas*, não implicando nos mesmos elementos compartilhados em outras categorias; devem ser *exaustivas*, o conjunto de conteúdos classificados deve ser completo; *objetivas*, ou seja, claras, elucidativas para serem pinçados os diferentes códigos nas mesmas categorias; e por fim, devem ser *pertinentes* para conduzir a leitura aprofundada e melhor conhecimento do meio (op. cit.).

Assim, as categorias de análise previamente definidas foram:

- na abordagem tradicional da *sentencing*: critérios legais definidos pela **gravidade dos fatos**. Essa categoria foi definida por ser uma das principais categorias para avaliar a determinação da pena. Ela depende da interpretação do juiz na ocorrência do fato, da sua disposição sobre a leitura da pena do crime. A norma jurídica está cominada com a sanção a partir de determinadas condutas que são tipificadas; dessa forma, nenhuma norma tem alcance completo, total, sobre todos os comportamentos. Isso implica numa disposição do juiz no enquadramento dos comportamentos à norma legal. Assim, a sua leitura implica numa forma de aplicação. Diversas pesquisas,

segundo Vanhamme e Beyens (2007) revelam que o ponto de partida para analisar as disparidades das penas tem origem nessa categoria. A um mesmo crime com comportamentos delituosos semelhantes aplicam-se penas diferenciadas. Logo, existem outros elementos que atuam nesse critério de definição. A pesquisa buscou essa categoria para procurar responder a essa questão.

Ainda na abordagem tradicional, os critérios extralegais do acusado (**passado judicial - reincidência; gênero, posição social⁸⁵, origem étnica**) também foram contemplados para definir o perfil dos acusados na região. Essa categoria tem uma significativa literatura para explicar a criminalidade no Brasil, da qual a pesquisa não quis se distanciar, entendendo que, dentro de um Estado punitivo, essas características ganham destaque relevante e merecem destaque. Também se procurou oferecer uma contribuição ao debate sobre a discussão da sujeição criminal (MISSE, 1999), sobretudo na caracterização desses perfis para uma realidade do interior do nordeste brasileiro. Uma vez que grande parte desses estudos que desenvolvem esse campo de análise concentra-se nas regiões urbanas.

- na abordagem sociológica: as categorias defendidas nesse trabalho foram àquelas constituídas na análise do contexto social político-jurídico onde se inscrevem os magistrados, caracterizadas aqui pela **cultura jurídica**. Essa categoria é importante, sobretudo para realidade brasileira, para buscar elementos que expliquem o conservadorismo do pensamento jurídico, referente aos crimes sexuais, que ganham destaque controverso diante dos tribunais. A experiência de uma indignação social aliada a uma lei diuturna e a exigência de nova interpretação da norma pautada nos instrumentos internacionais, em determinadas hipóteses, com o preenchimento de lacunas do Direito Nacional, não revelam mudanças substanciais, o que despertou curiosidade investigativa.

Na parte quantitativa, os dados foram resgatados do inquérito policial, uma vez que a sentença não informa claramente essas variáveis, mas apontam indicando nos “autos” onde estão essas informações, sob a sigma folhas x. O inquérito policial reúne o maior número de variáveis, as quais foram objeto de análise dos critérios extralegais.

Vale registrar que, embora os “autos” se caracterizem por documentos públicos, foram mantidos em sigilo os nomes das partes, preservando-os; para efeito de

⁸⁵ Essa variável não foi analisada a partir das classificações de renda, uma vez que esse dado não estava disponível nos processos. Esse dado foi analisado a partir da categorização profissão/ocupação.

citação, os nomes dos atores envolvidos (vítima, acusado, operador do direito, etc.) foram substituídos por codificações específicas. Para vítimas e acusados, somente as iniciais foram usadas nas citações, já os nomes dos juízes foram substituídos por letras do alfabeto. As citações também foram feitas de forma fragmentada, apenas fazendo o anúncio da parte específica do tema em recorrência.

Uma vez definidas as hipóteses, as categorias dirigidas ao estudo, bem como as categorias de análise para a técnica da leitura dos conteúdos nos documentos das sentenças, o material foi impresso e a engenharia interpretativa iniciada com o material de construção empenhado. O trabalho exaustivo da construção do edifício não se aplicou somente com a leitura do projeto do engenheiro (o pesquisador) e sua orientação, mas sobretudo, com o trabalho do operário que monta os tijolos interpretativos com categorias que foram contempladas no referencial (presunção da violência, instrumentos de coação no crime, suspeita/aviltamento da vítima, referências jurídicas utilizadas no processo, materialidade do crime, questões morais, casamento, relação com a vítima, incesto). Foi como quebrar pedra, virar a massa, subir e descer o edifício com o material nas mãos; descansa, olha de novo, observa um cimento mal colocado, volta para o material em mãos, solicita outros, levanta o esqueleto, empreende o acabamento (nem sempre o mais bonito é caro) ... e finaliza a obra. O engenheiro e o operário são a personificação da mesma pessoa aqui caracterizada pela figura da pesquisadora, numa alusão simbólica à feitura de uma operação laboral arrefecida pelo esforço da construção com um material de análise tão difícil de ser encarado. O cuidado para não “contaminar-me” com o objeto foi tomado com precisão cirúrgica.

O produto pode não revelar a beleza do edifício. Ele já chega com limites materiais ideológicos, mas a obra está mais no esforço de se tentar um caminho, de buscar trabalhar os materiais, de levantar a mão para ampliar os esforços de novos edifícios *movendo-se suavemente conduzido* pelas campos teóricos interpretativos, do que numa preocupação em produzir um edifício luxuoso e pretensamente caro.

A pesquisa é uma casinha simples, mas busca aquecer do frio e do sol, o material de análise foi mais duro do que quebrar pedra, foi mais difícil que construir uma casa. A maior dificuldade dessa pesquisa, não foi somente a dificuldade de escolha de uma metodologia apropriada, que alguns podem apontar como equivocada; bem como os intemperes das adversidades ao longo desse quatro anos de estudo. Há sempre um risco que se corre nas escolhas, é contingencial. Mas a maior dificuldade foi

enveredar-se pelo universo ardiloso das práticas delituosas de estupro contra crianças.
Foi pesado o trabalho, em todos os sentidos.

5. O CAMINHO REVELADOR DAS SENTENÇAS

5.1 Visão geral dos processos estudados

Na oportunidade da definição da metodologia, na determinação dos crimes de estupro contra crianças e adolescentes, na cidade de Ilhéus, já despertava o risco de realizar um trabalho a contento de uma análise qualitativa desses processos. Afinal, mergulhar numa análise sociológica, dentro de uma perspectiva das ações práticas veiculadas nas relações sociais de um universo pouco afeito às intervenções externas de outros campos disciplinares, com frágeis interações interdisciplinares, imprimiu maior rigor, sob pena de sanções teóricas e metodológicas corporativas no campo do direito. Enquanto um conhecimento concorrente, mas não díspare, sendo correspondente, o trabalho se orientou muito mais na busca por um comportamentalismo dos magistrados, do que um juridicismo, como ressalta Robert (2007).

Enquanto um objeto instituído na realidade social a partir do direito revelado pela prática jurídica, sua ação pode ser inferida, através da expressão de determinada conduta diante da ação adjudicante desenvolvida pelos magistrados. Os critérios, a prática jurídica veiculada por esses atores, caracterizam um modelo de Estado e, conseqüentemente a funcionalidade de uma instituição social que preconiza a promoção da garantia dos direitos. É essa orientação normativa que se coloca como suspeita ou, pelo menos, que imprimiu uma curiosidade diante da observância das desigualdades dos tribunais. Essa acepção foi bastante favorável a uma mensuração dos sistemas jurídicos, uma vez que a funcionalidade desses sistemas pode ser aferida, não mais por uma perspectiva substantiva, como justiça e liberdade, mas no seu aspecto formal e sociológico, a partir de seu funcionamento institucional. Isso denota a necessidade da governabilidade de um eficiente instrumento para conduzir o comportamento humano, que vai diferir nas suas mais diversas concepções de Estado de Direito nos diferentes regimes políticos.

Robert (2007), ao anunciar a estatização da política, com o triunfo da pena, engendrou um sistema de controle que estabelece um mosaico de práticas sociais muito particulares em diferentes contextos sociais, bem como suas diferentes ações ao longo

dos anos. Embora, em muitos casos, seja preciso um universo histórico relativamente longo para se observar tais mudanças, como foi o caso de Ilhéus. Na visão geral dos processos, a questão da capacidade foi analisada para observar os recursos disponíveis dos tribunais do interior para dimensionar a eficácia de sua política judiciária, bem como sua legitimidade e independência para inferir sobre sua disposição frente às desigualdades sociais, a partir do seu desempenho na aplicação das normas.

Para estabelecer o critério dessas mudanças no estudo das sentenças, alguns elementos foram definidos neste trabalho para configurar as possibilidades de uma inferência sobre a disposição dos tribunais do interior, no caso, da Comarca de Ilhéus. O primeiro momento de estudo circunscrito no período da década de 1960 a 1990 revelou a referência jurídica assentada no Código Penal, uma vez que nesse período não ocorreu nenhuma alteração significativa de mudança da lei do estupro, ao estudar a tipificação penal desse crime. Embora a lei não tenha mudado, os costumes mudaram e, nesse sentido, as manifestações conservadoras dos operadores do direito acentuaram ainda mais a falta de correspondência entre a realidade e os tribunais, no que se refere a sua legitimação social.

A lei do estupro apenas dotada no Código Penal revelou seus limites. As mudanças inscritas nesse primeiro período, em Ilhéus, foram configuradas apenas no que tange ao contexto social, particularmente relativo à instituição jurídica. Embora a norma tenha apresentado mudanças, no contexto social da Comarca, estas não chegaram a surtir efeitos significativos, uma vez que a ampliação das especialidades jurisdicionais, bem como o quantitativo de juízes, alterou muito pouco a dinâmica prática dos magistrados locais. A incorporação da Segunda Vara Crime só irá acontecer no final de 1987.

Considerando que a norma está atrelada também ao seu contexto político, as suas inovações, bem como os compromissos internacionais em que essa norma se assentou, mereceram um olhar contextual. As mudanças, ainda que rarefeitas, foram configuradas, sobretudo no segundo momento, a partir de 1990, uma vez que as mudanças substanciais da legislação nacional implicaram no dispositivo legal do estupro. As inferências de outras normativas legais não alcançaram disposição acentuada nos magistrados dessa Comarca, na medida em que os processos não sofreram tanto impacto com todo o engendramento nacional e internacional em favor do protagonismo infanto-juvenil.

A análise geral dos processos estudados em Ilhéus configurou-se por mudanças extremamente tímidas na Comarca avaliada. O contexto da capacidade da instituição judiciária, a partir das condições de sua infra-estrutura, revelou correspondência entre as especialidades das varas e o número de juízes, somente na década de 2000. Contudo, essa capacidade da Comarca não acompanhou a demanda das necessidades locais, mantendo a atividade adjudicativa comprometida pelos limites locais. A referência jurídica do ECA não foi contemplada nem pelo órgão acusador – o Ministério Público – e nem pelo órgão julgador – o magistrado; nem mesmo nos processos recentes datando de 2008. As referências jurídicas do crime hediondo aparecem na aplicação das penas para o regime fechado a partir de 1996. Tendo apenas um processo datado de 1992 com pena aplicada para regime semi-aberto. O interessante nessas referências é a perspectiva das referências assentadas no caráter punitivo. A incorporação da referência jurídica é admitida de forma quase que imediata, só não o sendo mais, em razão do princípio da irretroatividade⁸⁶, que mesmo nesse único processo em que se aplicou o regime semi-aberto não foi justificado.

A aplicação do ECA, na sua incorporação como uma referência jurídico-legal, não recebeu a mesma disposição dos tribunais. É claro que se reconhece que existe uma diferença no controle dos tribunais na aplicação da norma incriminadora e, por isso, há uma hierarquia dentro da aplicação de outras normas, não necessariamente incriminadoras. O ECA, embora seja uma lei especial, tem aplicação incriminadora também. De fato, o que parece é o baixo desvelo com essa norma especial, que na sua criação e na sua aplicação revela muitas percepções conservadoras, não admitindo o protagonismo da promoção da garantia dos direitos desse grupo social, sobretudo no interior, onde o pátrio poder tem grande destaque.

As novas reformulações legais e as novas sensibilidades aplicadas por Vigarello (1998), de fato, ganharam contornos pouco generosos nos processos estudados. É claro que não se creditam novas sensibilidades apenas na sua expressão no registro das sentenças, por exemplo, com declarações explícitas de uma referência ou outra sinalizada aqui no referencial teórico. Sabe-se que as sensibilidades são internalizadas como novas mensagens no processo de aquisição de informações dos

⁸⁶ Trata-se de garantir ao acusado de algum processo penal, na ocorrência de uma mudança de legislação durante o curso de seu processo a ali incriminadora para validar seus atos nos tribunais será a anterior, a que estava em vigência durante o período que ocorreu o fato. O princípio determina que a norma incriminadora só vale para fatos futuros e não para os que já ocorreram.

magistrados, que podem ou não mudar suas representações sobre um determinado evento ou fato social. Contudo, o trabalho de análise de conteúdo do material permitiu observar essas nuances, esses símbolos, essas pistas nas frases recorrentes que marcam a disposição dos magistrados com essas novas referências, não só jurídicas, mas sociais. Fazendo esse levantamento geral, é possível afirmar que existe uma acentuada hierarquização dos crimes nessa Comarca. O estupro não se mostrou como uma preocupação acentuada dos tribunais, salvo casos especiais em que a gravidade dos fatos revelava significativo acento. As cifras negras (CERVINI, 1995) e o número considerável de processos arquivados, sobretudo em razão da prescrição do tempo, admitiu um número expressivo de casos que não foram analisados pela prescrição jurídica e, portanto, não responsabilizados. Segundo Campilongo (1998) essa situação é um indício da incapacidade do Estado Liberal de garantir a segurança da justiça. A consequência desse resultado não implica numa dimensão política só da vítima que deixa de receber uma resposta institucional a sua demanda nos tribunais, mas também à sociedade. A prática desse tipo de crime, ao incorporar-se a uma dinâmica “cultural”, ganha contornos perigosos, na medida em que o tribunal não o avalia. Condenar ou absolver passa a ser secundário aqui, faz parte de um *corpus* de elementos que envolvem a prática judiciária, mas imprimir uma responsabilização aos comportamentos delituosos é papel da instituição jurídica.

O retrato panorâmico dessa situação pode ser caracterizado pelo dimensionamento dos processos arquivados por extinção de punibilidade por prescrição do tempo. Foram 44 processos arquivados por prescrição, num universo de 84 processos ao longo de 44 anos (1964 a 2008). Numa série histórica, foi observada uma média relativa de prescrição. Estabelecendo um quadro significativo para a década de 1970, conforme se observa no Quadro 6. Para os dois últimos períodos não foi colocada uma média, pois não foi encontrado nenhum processo nesse período que tenha sido arquivado por prescrição de tempo. A explicação não só se dirige em razão de todo o contexto da Reforma Judicial de 1980, bem como a melhor infra-estrutura da Comarca a partir da década de 1990 e, de menor sorte, os impactos das cobranças do Conselho Nacional de Justiça, quanto à celeridade processual.

QUADRO 6 - Média do tempo dos processos arquivados por prescrição de tempo

Período e número de processos por década	Média em anos
1960 a 1969 – 03 processos	17 anos
1970 a 1979 – 37 processos	13 anos
1980 a 1989 – 04 processos	11 anos
1990 a 1999 – 0 processo	-
2000 a 2008 – 0 processo	-

Souza Santos (1996) afirma que a manipulação da duração de um processo é, de regra, apreendida pelo interesse das partes. Contudo, a sociologia jurídica investiga a morosidade judicial em várias perspectivas. Embora esse tema não seja objeto de análise nesse trabalho, particularmente, coaduna-se aqui com o estudo feito por Grossman et all (1981), quando afirmam que essa morosidade tem base na cultura jurídica local, caracterizando as práticas estabelecidas e comportamentos informais dos magistrados e dos operadores de direito de modo geral, revelando uma maior ou menor disposição à litigação.

A realidade de Ilhéus não se distanciou dos dados apresentados por Vargas (2000, 2004), bem como os apresentados por Ardaillon e Debert (1987), no que tange ao número expressivo de processos arquivados. Nesse particular, coadunou-se com Foucault (1987), quando afirma que o sistema de contenção e repressão não se organiza para perseguir todos os crimes. A exigência técnica formal colocada para aplicação da norma acabou por favorecer muito mais os acusados do que as vítimas, na medida em que os elementos que envolvem as responsabilidades destas eram, em grande parte, aplicados com maior rigor: sua coerência, a qualidade de seus comportamentos, seu testemunho só tinha valor se estivesse acoplado às outras provas materiais (exame, outras testemunhas ou a confissão do acusado). Mas o acusado não sofria de tantas inferências, a qualidade de sua personalidade (pessoa honesta, trabalhadora sem antecedentes) o colocava num salto qualitativo diante dos tribunais, arrefecendo seu comportamento delituoso na aplicação rigorosa da norma, de modo, que escape alguma conduta e dessa forma permitindo a disparidade das penas.

Com o escalonamento dos crimes, com suas nuances, e todo conhecimento que foi desenvolvido para explicar as práticas do estupro, a disposição dos magistrados não

revelaram instrumentos substanciais para arrefecer o aviltamento das vítimas, colocadas em suspeita diante da idéia do consentimento. A materialidade do crime ganha relevo porque o estupro ainda aparece de forma relativamente pungente na violência física. A **palavra da vítima** só tem valor se aliada às outras provas, sobretudo com exame legal; bem como a confissão do culpado, indo de encontro à própria doutrina jurídica que é imperativa no valor desse testemunho. Ao longo da “série histórica” das sentenças estudadas, 97% dos processos configuraram pedidos de exame pericial, que nos processos mais antigos se caracterizava por exame de defloramento. O escalonamento do crime, caracterizando o incesto, também ganha relevo na aplicação da pena, com significativos casos de pessoas íntimas da vítima, revelando determinantes nos decisórios dos juízes.

As novas sensibilidades não estiveram presentes de forma explícita, demonstrando uma disposição dos magistrados quanto a essas referências externas com relação aos outros campos disciplinares, à mobilização coletiva, bem como às mensagens dos discursos feministas. As referências diretas expressas nas sentenças foram sempre aplicadas à doutrina penal, de cunho conservador e classicista, conforme demonstrou Hogarth (1971), revelando uma adjudicação com frágeis informações, explicando a criminalidade, sobretudo, pelas características pessoais do acusado e se pronunciando mais por condutas moralizadoras. A regulação dessas normatitvidades reveste-se de um formalismo jurídico, pronto a justificar-se dentro de um legalismo, aos moldes que Weber (1999) prenuncia na modernidade. Dessa forma, o direito penal, se aproxima também da acepção de Azevedo (2005) quando afirma que o direito penal processual é simbólico.

A literatura mostrou que a criança foi o elemento de maior referência para as mudanças nos julgamentos de estupro (VIGARELLO, 1998). Em Ilhéus, não foi possível estabelecer uma inferência precisa, uma vez que os processos se manifestaram, acentuadamente, para casos de estupro contra adolescentes⁸⁷. De qualquer forma, para os poucos casos encontrados e estudados contra crianças, de fato, foram encontradas evidências da severidade dos tribunais para esses casos. Essas sentenças sofreram sanções severas, reafirmando a tese de Vigarello (1998). Mas não se pode afirmar que as sentenças impetradas de estupro contra o grupo classificado como adolescentes

⁸⁷ Atribuição definida pelo ECA/90 – categoria ‘criança’ para idade até 11 anos ou 12 incompletos e ‘adolescente’ para idade de 12 anos completos até 18 anos.

seguiram nessa mesma linha,. A moralização de suas condutas ganhou destaque maior que o próprio ato de violência, mesmo nos processos mais recentes inspirados pela proteção do ECA. Curiosamente, as correspondências das moralizações impetradas pelos magistrados, lembravam as referências das práticas do estupro no Antigo Regime, na França e no Brasil Colônia.

Os contextos históricos revelam também um significativo instrumento de análise, de modo a conferir uma visão panorâmica, diante de um tempo relativamente longo como essas sentenças se assentaram. Os processos estudados a partir de períodos de 10 anos permitiram estabelecer algumas inferências. As sentenças da década de 1960 estudadas apresentaram um número significativamente baixo, e os apresentados manifestaram problemas de prescrição. Em razão de se tratar de processos tão antigos não foram identificadas razões mais expressivas nos “autos” (de forma completa, desde o inquérito), dada a qualidade do material. A década de 1970 foi o período de maior número de iniciativas jurídicas, curiosamente progredidas num contexto de regime militar, com um indicador moralizar maior dos costumes. Os processos desse período, bem como as sentenças até o final da década de 1980, basicamente foram orientadas para reparação do dano com o casamento, estabelecendo um litígio de acordo. Dos processos da década de 1980, apenas 08 sofreram prescrição jurídica decisiva, na medida em que foram avaliados o seu conteúdo, uma vez que o restante dos processos foi arquivado por prescrição. As sentenças da década de 1990, já com engendramento das novas referências legais, constituídas pelo ECA/90, pelas formas qualificadas do estupro e pela Lei de crime hediondo, revelaram uma iniciativa ainda tímida dos tribunais com relação a essas referências, atribuindo maior rigor da norma incriminadora na aplicação das penas. E os processos estudados da década de 2000 apontaram, em dois processos apenas, a revelação das novas referências político-sociais com processos iniciados pelos arranjos institucionais: Programa Sentinela e Disque-Denúncia. Na oportunidade da discussão das gravidades dos fatos esse debate será resgatado de forma pormenorizada.

De qualquer forma a visão geral que ficou marcada nos estudos dessas sentenças não se aplicou ao conceito de estupro atribuído por Vigarello (1998), quando ele introduz o conceito de violência moral. Contrariamente à literatura, os processos não revelaram uma disposição dos magistrados para observar um escalonamento do crime, reconhecendo os comportamentos implícitos que a vítima sofre. Segundo Colorado

(2006), essa vitimização dos tribunais do interior caracterizaria a violência estrutural sofrida pelas instituições.

Diante das categorias definidas pela *sentencing* fica mais elucidativo entender essas perspectivas manifestas em Ilhéus.

5.2 O contexto social em jogo – a cultura jurídica da Bahia e o desenho institucional da Comarca de Ilhéus.

A cultura jurídica profissional é caracterizada pelas práticas jurídicas e aduz a uma concepção normativista, técnico-burocrática, manifestada de diferentes maneiras pelos tribunais, em diferentes contextos históricos e espaciais. Sem, no entanto, deixar de se revelar uma lógica no paradigma jurídico dogmático quase sempre hegemônico. A discussão conceitual ganha relevo aqui para caracterizá-la:

Trata-se, aqui, de compreender formalmente ‘cultura jurídica’ como a totalidade da produção e da reprodução humana na historicidade do tempo, no que se refere às formas normativas de saber, às práticas legais dos agentes operantes e às instâncias de administração da justiça. (WOLKMER, 2003, p. 17)

Do ponto de vista sociológico, os sistemas jurídicos, de modo geral, elencam um pluralismo jurídico. A questão da cultura jurídica na América Latina alude à particularidades do debate que merecem uma análise para sua contextualização, sobretudo no que se refere à realidade brasileira. Segundo Sutil (2000), nos países latino-americanos o protagonismo político dos tribunais foi arrefecido pelos regimes ditatoriais. A construção do processo político desses Estados figurou-se muito mais pelo protagonismo do executivo do que do judiciário, enquanto órgão de poder político controlador da expansão do Estado e de seus mecanismos reguladores.

A questão da cultura jurídica no Brasil tem raízes bem mais profundas, segundo Holanda (1995), que remontam à formação do Estado Nacional brasileiro. O autor elenca elementos imprescindíveis para a compreensão das dinâmicas diante das instituições jurídicas, caracterizados por uma matriz portuguesa na projeção da constituição cultural no Brasil. Esses elementos podem ser identificados, aqui neste

trabalho, particularmente pelo continuísmo da centralidade da esfera privada em detrimento da esfera pública; pela cultura do personalismo diante do arrefecimento das leis universais; pelo idealismo; e pelo estreitamento com uma proposta democrática popular frente à racionalidade das atividades profissionais dos magistrados. A particularidade dos tribunais do interior ganha relevo acentuado nesse debate e Ilhéus revela-se aludido com essa reflexão, considerando que os magistrados desse contexto social se vêem orientados ao desempenho de um trabalho preso a uma competência técnica e moral própria.

Holanda (1995) revela a indissociação entre o Estado brasileiro e o Estado português, caracterizada pela herança premente da cultura ibérica no Brasil. Essa afirmação ganha assento no processo de modernização em que a percepção da centralidade da vida pública no contexto político encontrou dificuldades recorrentes para os dirigentes políticos estabelecerem uma distinção entre a vida familiar privada e a vida pública. A cultura do personalismo ganha destaque, revelando uma frouxidão da estrutura social. O arrefecimento ao contratualismo não encontrava solo fértil numa cultura onde os detentores de prerrogativas dos benefícios dos princípios universais se restringiam a uma minoria, como foi possível ser observado em Ilhéus, sobretudo no primeiro momento antes de 1990, sem deixar de ser tão diferente nos anos mais contemporâneos. A partir dessa reflexão, foi possível então estabelecer uma comparação como a feita por Dias (2002) entre o puro burocrata weberiano e o burocrata patrimonialista brasileiro. Filho (1990) também se coadunou com essa análise, atribuindo à cordialidade brasileira um relevo imperioso da vida privada dos indivíduos. Para destacar esse debate, Holanda (1995, p. 82) declara:

A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente às preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal de poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do estado pela família.

Contudo, é importante destacar com relatividade as ideias de Souza Santos (2007) àcerca da percepção universalista dos juízes ao destacar a cultura jurídica dos tribunais latino-americanos. Segundo o autor, a disposição dos tribunais à percepção generalista é caracterizada pela exclusividade do magistrado com competência para resolver os litígios e, por essa mesma razão, ele se apropria da resolução de todos os

tipos de litígios, por sua legitimidade diante da lei. Essa lei, sendo geral e universalista, também teria sua competência reportada a uma ação genérica e universalista, mas no sentido da judicialização dos conflitos, não como destaque de princípios liberais, nem tão pouco no que refere à natureza de sua independência. Assim mesmo, a tendência a essa universalidade é confrontada com seu distanciamento da realidade na aplicação da lei, distante de seu contexto social, sobretudo pelo distanciamento social que eles se colocam frente aos atores sociais envolvidos no processo.

Uma percepção clara desse distanciamento social e sua inclinação por uma postura voltada para um desempenho mais clássico de sua adjudicação revela-se, na Comarca em estudo, no alto índice de arquivamento em geral dos processos, cerca de 71,4 %, ao longo de todas as sentenças estudadas, contra apenas 23,3% de sentenças que sofreram um processo penal com uma resposta institucional diante da busca na resolução dos conflitos. Ver quadro abaixo:

QUADRO 7: Frequência da situação jurídica dos processos estudados

Situação dos Processos	Quantitativo
Processos de Absolvição	13
Processos de Condenação	09
Processos arquivados por Extinção de Punibilidade por prescrição de tempo	41
Processos Arquivados em geral (exceto os de extinção de punibilidade por prescrição)	19
Processos sem sentença – documentação incompleta	02
Total de processos analisados	84

Campilongo (1998) associa essa situação de fragilidade do sistema liberal a uma oferta escamoteada do sistema jurídico de garantir justiça. Embora essa percepção não seja novidade para o crime de estupro na literatura (ARDAILLON; DEBERT, 1987; VARGAS, 2000; 2004; COULOURIS, 2004), a questão aqui não é propriamente as disparidades das penas, mas sobretudo a intermitência estrutural do sistema penal na

resposta jurídica. Seja pela polícia judiciária, seja pela dificuldade operacional do movimento forense, seja pela negligência ou impossibilidade dos magistrados em razão da incapacidade de dar conta do volume de processos sob sua responsabilidade, seja pela dinâmica das práticas jurídicas locais. É sintomática a revelação de tão alto quantitativo de processos não operados, caracterizando a insegurança jurídica. Beyens (2000) e Tata (2002) mostram, na Bélgica, que os contextos institucionais jurídicos tendem a uma cultura tácita, não revelando muito protagonismo na atividade judicante. Essa leitura se associa a essa condição de Ilhéus. A conformidade aqui se caracteriza por uma não prestação de um serviço social, no confronto entre o formalismo legal e a justiça social. A litigação, mais que um problema da cultura jurídica, revelou a fragilidade da aplicação dos direitos para os que buscaram o sistema na resolução de seus conflitos, de suas aspirações de justiça, sobretudo para os processos que foram arquivados por prescrição. Revela-se a inexistência de uma estrutura administrativa que sustentasse a aplicação do direito. Nesse particular, foi possível examinar, em alguns processos, a questão da estrutura da instituição jurídica na Comarca em estudo. No que tange aos processos arquivados, revelou-se a ineficácia do sistema judicial. Os processos com problemas na forma caracterizam uma iniciativa equivocada no movimento do processo penal perpetrado pelos próprios operados, motivando o arquivamento. Como pode ser observado na citação abaixo, sobre um arquivamento, em **1996**, por ter se iniciado um processo na Vara Crime, já na fase da instrução de audiência, quando os atores do congresso jurídico – a vítima e o réu – eram menores de idade. Cito:

[...] dava palavra ao Ministério Público, que requereu o arquivamento do feito, uma vez que os envolvidos são menores de dezoito anos. [...] foi dito que acolhia o parecer do Ministério Público e determinava o arquivamento do feito [...].

A normativa legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90) não só deixou de ser contemplada, como foi negligenciada pelos operadores, já com um certo tempo de disposição da normativa de cunho nacional. É sabido, como coloca Robert (2007), que a adoção de uma nova norma tem efeito político, no contexto social do momento de sua criação. A questão da percepção da criança e do adolescente como sujeitos de direito já no de 1996 teve destaque considerável na dinâmica nacional, tanto positivos quanto negativos, uma vez que setores sociais mais conservadores alegavam que “eles teriam mais direitos que deveres”. A instituição judiciária, enquanto uma instituição promotora da garantia dos direitos, não está livre dos valores morais cobertos

pela sociedade. Embora sua função social exija a cobertura da norma em toda a sua acepção, a indisposição dos magistrados contra essa percepção pode revelar-se limitadora dessa garantia de direitos integral, quando reagem através das práticas jurídicas, legitimados pelo formalismo legal, usando sua autoridade adjudicativa para aplicar a norma, de acordo com sua acepção. Diante disso, é possível entender o desconforto ou, pelo menos, seu desvelo com a aplicação do ECA, não parecendo ser apontado como referência jurídica nos tribunais do interior, no caso particular de Ilhéus.

Ainda em processo mais antigo:

C.J.L.C. e outros são indiciados no inquérito policial nº xxxx por haverem em grupo infringido o art. 213 CP. Tratando-se de crimes de ação privada não consta nos autos queixa crime e nem representação da parte ofendida. Requer-se o arquivamento do inquérito (SENTENÇA, 1977).

A presente citação de 1977 relata um pedido do Ministério Público para arquivar o processo, o qual foi assinado pelo Juiz, acatando a solicitação do órgão público acusador. O interessante nessas sentenças é que essa situação de conhecer um processo legal é de domínio dos operadores, e não de quem usa o sistema, enquanto um agente passivo. As pessoas que procuram a justiça se submetem a uma forma e um procedimento para buscarem a justiça. Contudo, veem-se cerciadas de suas aspirações por conduções indevidas de alguma etapa do processo, favorecendo o arquivamento do mesmo, sob pena da não resposta ao usuário da justiça. Sem contar que o procedimento acima poderia ser alterado, solicitando-se à delegacia que cumprisse as exigências dos “autos”. Entretanto, invalida-se completamente a iniciativa jurídica, desprezando aqueles que delegaram ao Estado o cumprimento de sua resposta jurídica.

Outro exemplo, para reforçar a reflexão acima, em que se anula o processo com o arquivamento, foi observado na sentença de 1990:

[..] conclusos, vieram-me os autos para julgamento. Tudo bem visto e examinado passo a “decisum”. Inicialmente, o feito está maculado de vício de **forma**⁸⁸, sendo a ação natimorta desde o seu ajuizamento [...].

⁸⁸ Grifo do documento.

É importante observar que não se trata de uma questão temporal, mas de um distanciamento social, não só no que tange ao público usuário da justiça, mas às referências dos contextos sociais que poderiam validar a atividade adjudicante. Outra marca distintiva da realidade estudada. Segundo a filiação teórica (BEYENS, 2007; ROBERT, 2007), as práticas decisórias estão ligadas às práticas do sistema judicial ao qual estão submetidas. Suas filiações estreitas com esse sistema judicial são coesas, em razão do arrefecimento por parte dos magistrados em submeter-se a sanções dos tribunais de 2ª ou 3ª instância. No Brasil, essa situação era um pouco diferente, sobretudo antes da Constituição Federal de 1988 e da Reforma Judicial na década de 1980, quando os usuários da justiça não mantinham uma tradição em recursos judiciais. A dinâmica burocrática e o distanciamento da população mais carente e mais atingida pelos conflitos com as práticas jurídicas não revelaram exigências substanciais dos magistrados com relação a suas decisões no ato judicante. Suas referências jurídicas se assentam mais numa perspectiva de autossuficiência individualista, sobretudo nos sistemas judiciais do interior, onde o distanciamento espacial dos tribunais superiores de segunda e terceira instância, bem como a lassidão da sociedade interiorana no controle social das práticas jurídicas são mais característicos. Em todos os 84 processos estudados, desde 1964, o mais antigo processo de estupro, apenas 12 processos, ou seja, cerca de 14,3% sofreram recursos em 2ª instância.

As referências jurídicas arroladas como argumentação nas sentenças não foram observadas nos 41⁸⁹ processos estudados mais profundamente. Nos registros das decisões, quando muito, foram observadas apenas referências a Tribunais de 2ª instância ou 3ª instância. Não foram observadas, nas sentenças estudadas, citações de livros, argumentos que incorporassem novos saberes de outros campos disciplinares, de influências de fatores externos aos tribunais. Os argumentos, ao longo de todos os processos estudados, se caracterizaram por um viés formalístico clássico, imune às influências externas, revelando uma cultura decisional extremamente distante da realidade social. Se os fatos não se adequam aos procedimentos e às normas, são facilmente desprezados com argumentos clássico da normativa jurídica. Há, sem dúvida, uma conformidade itinerante, que percorre o tempo, atravessa a experiência dos

⁸⁹ Para efeito de estudo aprofundado caracteriza-se àqueles (absolvição, condenação e arquivados em geral) que puderam de alguma forma, ser contemplados pelas categorias de análise da metodologia. O restante dos processos se caracterizou por 41 processos que não tinham sentença arrolada na sua acepção documental. Constava apenas o tempo de prescrição e a decisão do arquivamento pelo instrumento processual.

5 juizes que se estabeleceram na Comarca, tanto no primeiro momento, quanto no segundo momento, conforme o Quadro mostra.

QUADRO 8: Frequência dos magistrados nos processos estudados

Magistrados	Período de ocupação do cargo
Oscilou entre 5 juizes (A, B, C, D, E) sendo um nome (A) somente no ano de 1964	1964 - 1977
Apenas um juiz ficou cerca de 34 anos na Comarca (B)	1969 - 2003
Esse único juiz (B) dividiu com mais 3 juizes (C, D, E)	1969 -1977
Somente (B)	1978 - 2003
Juiza F	2006
Juiza G	2008

A questão temporal acoplada à figura de um juiz que, durante quase 34 anos, manteve-se na Comarca revela sua autoridade quase cívica, diante do poder decisional revelado nos processos. Sua percepção e sua envergadura para a visão do crime de estupro revelam uma cultura de suas formas de sentenciar. Não revelando anuência da referência teórica com uma cultura invisível, de conformidade de um grupo, conforme Beyens (2000) e Robert (1989) afirmam. Os padrões de crivos legais e extralegais deixam sua marca compondo um universo decisional fechado, marcado por uma competência individual. As sensibilidades dinamizadas pelo mundo externo só podem ser reveladas e infiltradas sob o crivo de sua leitura, de seu olhar. É a marca de um tempo. Mudanças substanciais também não se revelaram aos olhos de magistradas femininas, nas experiências recentes, de 2006 e 2008. O universo de três sentenças arroladas nesse período revelou o mesmo classicismo, a mesma envergadura taciturna pela forma, não oferecendo uma dinâmica de seu saber prático intuitivo diante da sua condição feminina, sensível à causa. A idéia de um magistrado ancorado numa prática profissional imersa no sentido social em detrimento do penal (PRATES, 2008) não foi possível observar nas três sentenças que sofreram a apreciação legal desses magistrados femininos, nem tão pouco nos processos mais antigos.

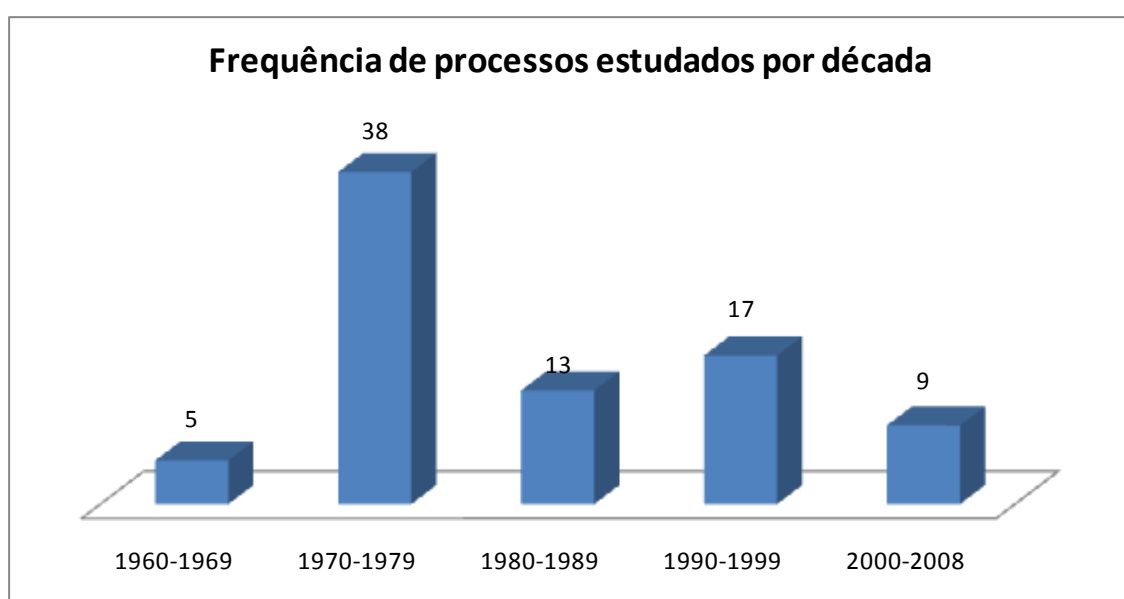
De todo modo, como uma questão mais diretamente ligada às instituições jurídicas pode-se destacar o idealismo do liberalismo conservador dinamizado pelos operadores do direito, pouco atidos aos princípios universais. Segundo Adorno (1998), os princípios liberais dinamizados pelos cursos de direito, enquanto arautos das inferências modernizadoras, foram realizados de forma enviesada, adotando princípios de contextos políticos com uma consolidação política à transposição para a realidade brasileira, coadunando-se com os entraves sociais, como a escravidão, ainda marcada com os destaques personalistas da esfera privada. Essa dinâmica social inferiu uma cultura jurídica marcada pelo personalismo, de um lado, e uma tendência democrático-popular, de outro. A questão do distanciamento do tribunal de Ilhéus revela sua percepção jurídica assentada num pragmatismo político sem estreitamento com a realidade social do entorno. Sua responsabilidade política revela-se atomizada por uma autoridade tida como “neutra”.

A composição do marco valorativo e o sistema de orientação dos magistrados (VIANNA et all, 1997) da cultura jurídica do tribunal ilheense não deixa de considerar os limites provocados pelo processo de modernização do país. Esse distanciamento também pode ser considerado, a partir da compreensão do processo de recrutamento desses magistrados, na construção de uma elite. Outra questão atribuída ao distanciamento dos magistrados pode ser observada a partir desse recrutamento que se dá de forma direta. Ou seja, não se estabelece um processo de socialização profissional que induz a práticas intermediárias. No processo de recrutamento, os magistrados saem de bacharéis em direito a juiz investidos na sua soberania. Eles seguem direto para uma prática de técnicos-peritos no ajustamento da lei ao fato social, já dotados de possibilidades de transformarem-se em construtores da ordem.

Souza Santos (2007) apresentou esse distanciamento das instituições jurídicas com a realidade nacional, no contexto da década de 1950 a 1960, apresentando os limites tanto pela elite nacional, como pela sociedade de modo geral. No Brasil, tanto as elites governantes, quanto a população não se utilizavam dos tribunais como instrumento importante na promoção da justiça social. As elites, diante do modelo econômico do Estado desenvolvimentista não se prendiam as regulações legais, em razão da estratégia econômica, para não inferir nos modos de produção; bem como a esquerda revolucionária, na década de 1970 e 1980 não legitimava os tribunais, em razão das inferências conservadoras diante das práticas revolucionárias (op. cit), onde

deixou um lastro de deslegitimação dessas instituições à sociedade de modo geral. Curiosamente, os processos de Ilhéus revelaram um gerenciamento completamente diferente dessa literatura e de outros interlocutores teóricos com relação ao baixo número de iniciativas jurídicas nesse contexto do primeiro momento, pré-1990. O maior número de iniciativas foi verificado na década de 1970 (tabela abaixo), período de recrudescimento da política brasileira, em que a instituição jurídica não se caracterizava por uma agência de promoção da garantia de direitos.

Gráfico 3



O risco de uma explicação para o caso de Ilhéus orienta a interpretação assentada numa sociedade que, em devidas medidas, já sofria de limitações na composição de aquisição de direito, considerando o universo local caracterizado por uma dinâmica particular nas relações de poderes. As iniciativas aqui eram buscadas para submeter os acusados ao casamento, para não haver perda total da “moral” da acusada. O crivo da iniciativa não estava na ofensa da vítima, mas na garantia de sua integridade moral com o casamento. Como é possível vislumbrar em algumas sentenças: “[...] sabe-se que J. C. R. L. é acusado de estuprar L. C. S. (menor de 14 anos), a quem namorava por pouco tempo [...]” (SENTENÇA, 1976). Ainda: “[...] conforme certidão de fls. 21 dos autos o réu contraiu matrimônio com menor vítima. Portanto, ficou isento de pena conforme dispõe a lei [...]” (SENTENÇA, 1970).

O valor do casamento numa sociedade do interior mobiliza, sobretudo, a família⁹⁰ para buscar os tribunais. A procura efetiva (SOUZA SANTOS, 1996) determinada pelo número de iniciativas impetradas em juízo para essa demanda revelou o valor esperado da ofensa feita à honra de sua família. A moralização inscrita tanto no argumento legal, com a extinção da punibilidade, quanto no social, com o perdão pelo casamento, reproduz a idéia de um contexto pronto a indulgências mediante as exigências morais. Para os magistrados essa condição resolve o problema de litígios nos tribunais, sem custo social para os operadores, e as famílias envolvidas em caso de penalização não precisam sofrer a anuência do litígio. Enfim, a resolução do conflito se estabelece de forma bastante conveniente para as partes. Sem dúvida, uma acepção próxima do contexto colonial, que ressalta a envergadura moral do casamento como baluarte da moral e das conformações sociais. Como é possível observar nas declarações dessas sentenças, que foram arquivadas por extinção de punibilidade:

[...] constituindo o lar, a ofendida e seu esposo querem e pretendem paz e tranqüilidade. A vivificação do passado para eles é um verdadeiro tormento, que só lhes traz dissabores, amargos dissabores. As razões sociais nesses casos, **falam mais alto do que a própria lei** [...] (SENTENÇA, 1986); [...] sucedeu que desde a época do fato a intenção do acusado e da vítima era casar-se entre si, e isso ficou patente desde a fase inquisitória, levando a representante da vítima a fim de comprovar o fato [...] [...] embora a união da vítima com pessoa outra que não o ofensor não seja oficialmente casamento, não se pode negar que essa sociedade extra-legal, como o casamento, tem o mesmo objetivo deste a constituição de uma família [...] [...] seja pelo fato de a vítima já possuir uma família, em qualquer hipóteses a ação não pode prosperar [...] (SENTENÇA, 1987).

As citações envolvem várias questões significativas. Na medida em que a autoridade judiciária tem o privilégio da interpretação da lei, o magistrado se coloca superando a própria lei, porque sua disposição moral ultrapassou o controle da regra jurídica. Seu entendimento vai de encontro ao próprio código ético da norma, que quando convém se aplica no maior rigor. Outra questão importante é que, na doutrina, o que vale para a extinção de punibilidade é o casamento da vítima com o agressor e a oficialização do casamento. No caso acima, o magistrado não só reconheceu o casamento extralegal, como entendeu que o “problema estava resolvido”. A vítima já se encontrava “casada”; logo, a ofensa à sua honra estava compensada. As referências sociais dos contextos de mudança são extremamente importantes para aplicação da norma. A regra jurídica está sempre atrás dos costumes, isso quer dizer que entende-se

⁹⁰ Lembrando que a iniciativa jurídica tem que ser iniciada com a representação legal da vítima.

que, de fato, o magistrado deve se apropriar da aplicação da regra com um filtro da realidade social, diante das mudanças sociais, absorvendo as dinâmicas reformuladoras dos contextos sociais. Mas o interessante em Ilhéus é que essas referências “progressistas” não são aplicadas de forma hegemônica; parece que o magistrado ora é progressista, ora é conservador. Na verdade, essa oscilação não existe, é apenas uma estratégia moralizadora de aplicação da pena.

Ilhéus se caracteriza por ser uma cidade do interior da Bahia, famosa pela sua atividade econômica da produção de cacau⁹¹. O universo do mandonismo local (QUEIROZ, 1976), atrelado à autoridade dos “coronéis”, marcou culturalmente a subordinação do masculino ao feminino, através dos dispositivos simbólicos de dominação, revelando aspectos morais próprios. Jorge Amado usou a literatura para refletir sobre essa realidade, enquanto um enunciado de verdades sobre a sociedade (CHALHOUN, 2003) reproduziu essa representação coletiva, das desigualdades sociais, além da centralidade do universo erotizado. A referência literal é potente, o mito e a realidade se misturam na cidade, a naturalização da sexualidade está inscrita de forma moral, mas dinâmica, nas práticas sociais, favorecida por práticas comuns de um passado marcado pelo universo do coronelismo, ligada a contextos pejorativos: apadrinhamento de meninas⁹², a centralização de prostíbulos e o mito da mulher hipersexualizada da Gabriela Cravo e Canela.

Não se pretende aqui usar a literatura como explicação para os fenômenos locais; contudo, as particularidades locais explicam certas tendências sob dois aspectos: de um lado, na naturalização das práticas de violências sexuais, no sentido de uma não percepção da violência; por outro lado, uma forte moralização para preservar as “moças direitas” desse espectro normativo aviltante. A moralização desses costumes foi recrudescida pela elite local, que mostrou-se vertiginosamente avessa às imagens

⁹¹ Em razão do declínio da produção do cacau na região, na década de 1980, em consequência da “vassoura de bruxa” (praga que acometeu a planta), e conseqüentemente o declínio da atividade rural, os proprietários de terra e/ou famílias começaram a investir na atividade de turismo e hotelaria. Esse investimento é caracterizado por um maciço simbolismo dos romances de Jorge Amado e seus personagens, sobretudo, para mulheres da cidade. Nas atividades turísticas, o universo amadiano é sempre valorizado, com visitas ao prostíbulo famoso de Maria Machado, Gabrielas (mulheres que se vestem de Gabriela para recepcionar turistas) são encontradas nos serviços de hotelaria, recepção de congressos, aeroporto. A imagem de uma cidade protótipo de Jorge Amado, se inscreve nas representações de quem chega à cidade.

⁹² Segundo história local, era comum os coronéis apadrinharem as moças e rapazes de seus empregados, em razão da precariedade social desses trabalhadores. O brocado popular: *Quem tem padrinho não morre pagão*, valia para possibilitar melhor prestígio e mobilidade social. Para as meninas, podia simbolizar uma relação “afetiva” com o padrinho. A autoridade do padrinho era maior que autoridade da família.

jorgeamadianas, muito em razão de uma literatura ofensiva às práticas morais dessa elite local, denunciando-as, através dos mitos.

Esse contexto facilita a compreensão também para a gestão das instituições jurídicas locais que sofrem mais diretamente a influência dessa herança personalista, patrimonialista, que infere intervenções nos decisórios jurídicos de forma cada vez mais sutil, diante da qualidade democrática que o contexto social estabelece. Contudo, não se perde completamente, reabre a fenda na Reforma judicial na década de 1980, caracterizando um protagonismo político capenga, ainda limitado, no desenvolvimento de uma cultura cívica, capaz de ajudar sistematicamente a qualificação de uma vida pública. O privilégio do poder nas representações coletivas da figura do juiz nesses contextos dota esses operadores do direito de uma aplicação de oferta jurídica dominadora, caracterizando um domínio sobre o outro (àqueles que acessam ao sistema judicial) de forma subserviente, sobretudo num contexto de um Estado punitivo. É claro que mudanças ocorreram, elementos novos passaram a operar nas dinâmicas dos magistrados, e, em razão de serem mudanças tão profundas – legais, políticas e sociais – nesse período de cobertura do estudo, o olhar avaliador da pesquisadora exigiu maior investimento. Afinal, se os magistrados classicistas formais argumentam em favor da legalidade, porque mostram-se tão lassivos, tão indulgentes, diante de uma regra jurídica, da qual afirmam ser fiéis guardadores? Ir de encontro a um Estado punitivo revela uma disposição progressista, de uma magistratura democrática; contudo, não é o que se poderia afirmar sobre a realidade de Ilhéus.

O distanciamento social dos magistrados da Comarca no interior, em Ilhéus, tem uma particularidade. Se, por um lado, esse distanciamento atém-se à opção de um desempenho clássico formal sem muito protagonismo diante dos limites processuais, ou seja, na resposta institucional aos usuários; por outro lado, caracteriza-se também por um estreitamento desse grupo membro da instituição judiciária com as relações de poder local, com o familismo característico da cultura personalista. A noção de membro, na perspectiva da etnometodologia, mostra como é possível compreender as redes de significação constituídas nos processos interacionais do grupo. Esse estreitamento, não é necessariamente dotado de uma racionalidade prática, o qual Beyens (2000) declara que os magistrados assumem diante da tomada de decisão; mas, sobretudo, se dá dentro de uma acepção de pertencimento “natural”, de sua socialização com um meio social do grupo dominante, caracterizada nas relações de poder locais. A acepção de

distanciamento aqui se configura mais próxima da concepção de Dubar (2005), na reprodução, no trabalho, nas relações familiares, em um não reconhecimento de outros cenários de investimento social e na recusa de qualquer engajamento pessoal nas relações coletivas do trabalho e do mundo social.

Contudo, é preciso reconhecer que a centralidade penal de uma sociabilidade dominante, enquanto fechada num universo geográfico restrito, firmada na vizinhança, aduz a um empreendimento penal marginal, desigual. Segundo Robert (2007), é preciso estabelecer a desespacialização da sociabilidade penal das relações sociais.

5.2.1 Contexto de Bahia

Uma vez coadunando-se com Rocher (1988), ao afirmar que o direito não trata apenas de normas, mas do aparelho institucional, revela-se importante refletir sobre a infraestrutura da organização judiciária baiana. O contexto institucional local pode ser melhor elucidado na conjuntura institucional em que essa cultura jurídica se inscreve; nesse caso, o estado da Bahia, no qual essa pesquisa se desenvolveu. A importância dessa reflexão sobre o contexto da Bahia e sua capital Salvador não se revela somente em razão da contextualização social dos tribunais, mas também pela dependência institucional de algumas operações do movimento forense que os tribunais do interior têm junto à organização judiciária da capital.

A organização judiciária da Bahia⁹³ ganha uma legislação especial com a Lei nº 3731, de 22 de novembro de **1979**, e sofre posteriores alterações, pela Lei nº 3880, de 12 de outubro de **1980**; bem como a Lei nº 4544, de 17 de outubro de **1985**, a Lei nº 4799, de 22 de agosto de **1988**, e consolida-se com a nova regulação caracterizada pela Lei nº 10.845 de 27 de novembro de **2007**, **que** dispõe sobre a Organização e Divisão Judiciária na Bahia, a administração e funcionamento da justiça e seus serviços auxiliares. As legislações anteriores apresentam poucos dados característicos e, dessa forma, a contextualização da lei atual dialoga com incursões das legislações antigas, de

⁹³ O levantamento de dados sobre a organização judiciária da Bahia foi realizado durante o segundo semestre de 2009. Essa informação se assenta na validação dos dados aqui arrolados sobre essas instituições baianas, considerando que as mudanças são dinâmicas. Sabe-se que mudanças posteriores a esse período podem alterar alguns dados específicos, mas não na sua completude. Dessa forma preserva-se aqui o registro desses dados durante esse tempo de pesquisa. Ademais, o contexto social também tem observância mais direta ao tempo histórico que perdura da década de 1960 a 2008. A contextualização social e política da cultura judiciária desse objeto de estudo estão imersos nessas características sociais dos tribunais baianos, importante para referenciar o estudo da *sentencing*, onde se enquadram as determinantes na tomada de decisão.

modo a contemplar os dois momentos históricos no estudo das sentenças: o momento anterior à década de 1990 e o momento posterior.

Nesse estatuto, várias ações reformatórias estão configuradas para adequar o Estado da Bahia aos princípios de uma justiça mais democrática, inspirados pelo Pacto Republicano. Temas como prioridade dos processos para idosos; justiça itinerante; descentralização dos tribunais – inclusive com a normatização de cumprimento das requisições prontamente assistidas, sem precisar do crivo de suposta autoridade dirigida ou a seus executores a faculdade de apreciar o mérito da decisão ou do ato a executar ou a cumprir – o rigor está no cumprimento da ação processual e não a quem se dirige; autonomia funcional, administrativa e financeira; divisão e funcionamento das comarcas, definição de varas e juizados especiais, bem como a quantidade dessas circunscrições judiciárias no Estado da Bahia, dentre outras atribuições. São configurações que marcam um tempo novo nas referências jurídicas. Esses procedimentos inauguram uma feitura nova diante da administração jurídica nesse Estado, o que imprime maior rigor aos magistrados na sua função judiciária, uma vez que um estatuto regulatório os coloca diante de certo controle ascendente de suas práticas. Antes de 1979, então, a disposição judiciária era extremamente limitada tanto em quantitativo de oferta de instituições judiciárias, quanto de recursos humanos, caracterizando Comarcas com um funcionamento restrito de teor clássico do movimento forense.

A legislações antigas da organização judiciária não apresentavam elementos de configurações mais estreitas com essas questões sociais, incorporando especificidades mais próximas à procura efetiva. Portanto, antes do ano de 1979, quando surge a primeira regulação da organização judiciária, as regulações estão circunscritas ao Código Penal e o Código de Processo Penal. O marco histórico desse movimento na década de 1980 na regulação da organização judiciária deve-se, sobretudo, à Reforma Judiciária nesse período, bem como ao rol de entradas de novos direitos diante do processo de democratização brasileira revelando uma sociedade se enredando na semântica da justiça. Os tribunais no interior da Bahia mantêm esse limite, mesmo com as alterações legais a partir de 1979 e suas posteriores legislações, as características de funcionamento local se colocavam a partir do magistrado de jurisdição plena, ou seja, atuando em todas matérias. A cidade de Ilhéus, por exemplo, tinha apenas um juiz para a área criminal.

Algumas alterações foram consideradas aqui, em razão dos processos terem uma cobertura significativamente longa. Segundo a referida Lei (2007) da organização judiciária, as Comarcas são classificadas em três entrâncias: inicial, intermediária e final. Essa classificação depende da regulação em lei, obedecendo a fatores objetivos, relacionados com a extensão territorial, o número de habitantes, o colégio eleitoral, o movimento forense e a receita tributária. Atualmente, a Comarca de Ilhéus corresponde à entrância intermediária por responder ao dispositivo legal (art.26, inciso II) no que se refere a sua expansão territorial ser superior a 201km²; constituir-se por população superior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes, residindo pelo menos 30% na sede; bem como corresponder a um colégio eleitoral superior a 40% da população. Na lei original de 1979, Ilhéus correspondeu à segunda entrância, a terceira numa escala de 04 entrâncias, correspondendo a uma população superior a 50.000 habitantes.

Essa característica da cidade garante a instalação da Comarca no município e a posterior implantação das funções jurisdicionais especializadas, com as Varas. Atualmente, esse critério, segundo a lei 10.845/07, é definido pela necessidade do movimento forense e do número de habitantes do município (art. 32). No contexto da década de 1980, também o movimento forense correspondia a um critério para a incorporação de novas Varas. O contexto social do primeiro momento (antes da década de 1990) atinha-se a uma cidade eminentemente rural, com forte predomínio de um mandonismo local, onde as resoluções dos litígios, muitas das vezes se dirigiam à figura do próprio “coronel”, caracterizando certa deslegitimidade dessas instituições locais. Embora para o crime de estupro a configuração das iniciativas jurídicas revelassem muito mais uma cobrança de casamento do que necessariamente uma penalização formal dos tribunais.

A cidade de Salvador possui o maior número de especialização jurisdicional e quantidade de juízes, conforme todos os dispositivos legais da organização judiciária que a Bahia assentou. As leis regulam também a classificação das varas. Na Bahia, a oferta de serviços jurisdicionais e a quantidade de juízes de direito se concentram na capital, os demais municípios do Estado concentram algumas especializações, como varas dos feitos civis e comerciais, aglutinando os feitos de acidente de trabalho; Varas dos feitos Relativos às relações de Consumo; Varas de Fazenda Pública, cumulativa dos feitos de Registros Públicos; Varas de Família que aglutinam Órfãos, Sucessos e Interditos; as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Varas

Criminais; as Varas relativas a Tóxicos, aglutinando Acidentes de Veículos e Delitos de Imprensa; Varas de Execuções Penais e Medidas Alternativas; Varas que aglutinam Infância e Juventude e Medidas Socioeducativas; Varas em Sistema de Juizado Especiais; e Varas de Júri. Essas especializações, com uma alteração ou outra na forma de aglutinar ou dar prioridade jurisdicional, são preservadas nas principais cidades do Estado – Feira de Santana, Vitória da Conquista, Itabuna, Ilhéus e Jequié, em razão do número de habitantes e os demais critérios elencado na lei. Quanto mais próxima à legislação original, de 1979, menos especializações são oferecidas. O quadro abaixo mostra melhor essas alterações das legislações.

Ressalva-se que as demais cidades⁹⁴ vão sofrendo, gradativamente, redução e supressão dessas especializações, até chegar ao limite de municípios com apenas Conselhos Municipais de Conciliação⁹⁵. Grande parte dos municípios de pequeno porte dispõe apenas de um juiz de direito, que é chamado de jurisdição plena, ou seja, é responsável por todos os processos da Comarca, tanto civil quanto criminal. Nas legislações anteriores, era muito comum o acúmulo de vários municípios numa mesma jurisdição.

O Tribunal de Justiça da Bahia prevê, de acordo com a lei de 2007, o universo de 100 (cem) juízes substitutos⁹⁶ e 305 (trezentos e cinco) juízes de direito⁹⁷. Já na lei original de 1979 essa previsão não era feita para ao Estado da Bahia, somente para a Comarca de Salvador e as Comarcas do Interior. A ver:

⁹⁴ Destaca-se que o estado da Bahia é composto por 417 municípios.

⁹⁵ Em cidades que não possuem Comarcas, o Tribunal de Justiça da Bahia prevê a instalação de Conselhos Municipais de Conciliação, que ficam agregados a outras Comarcas. Esses Conselhos têm competências em causas civis e de família.

⁹⁶ O Juiz substituto é a classificação atribuída ao juiz após seu ingresso na magistratura, mediante o concurso público do Tribunal de Justiça. É o período que o juiz fica disponível ao Tribunal para sua delegação nas Comarcas e varas específicas. Uma vez que se estabelecem alguns critérios de ordem do merecimento e do tempo para sua titularidade na entrância. Considera-se substituto, pois o juiz ainda não adquiriu a vitaliciedade – após dois anos de magistratura.

⁹⁷ O juiz de direito é o titular da Vara ou Comarca, no qual já se adquiriu a vitaliciedade.

QUADRO 9 – Quantitativo de Juizes na Bahia

Comarcas	Quantidade de Juizes na Lei nº 3731/79	Quantidade de Juizes na Lei nº 3880/80	Quantidade de Juizes na Lei nº 4544/85	Quantidade de Juizes na Lei nº 4799/88	Quantidade de Juizes na Lei nº 10845/2007
Estado da Bahia	-	-	-	-	
Comarca de Salvador	68	78	111	119	305
Ilhéus, Itabuna e Vitória da Conquista	5	-	7	-	Itabuna 23 Vitória da Conquista 23 Ilhéus 19

No que tange à especialidade jurisdicional, a capital concentra as maiores especialidades, podendo contar com a exclusividade no Estado de todas as especialidades previstas na lei. A ver:

QUADRO 10 – Especializações Jurisdicionais na cidade de Salvador – legislação antiga

Especializações Jurisdicionais	Quantidade de especialidades na Lei nº 3731/79	Quantidade de Especialidades na Lei nº 3880/80	Quantidade de Especialidades na Lei nº 4544/85
Varas dos feitos Cíveis	17	18	20
	0	0	0
Varas da Fazenda Pública	4	6	8
Varas de Família	0	0	0
Varas de Família, Sucessões, Órfãos e Interditos	6	6	10
Varas de Acidentes de Trabalho e Registros Públicos	0	0	1
Varas da Infância e da Juventude - nova redação	0	2 Varas de Menores	0
Varas de Precatórios	0	0	0
Varas de feitos Criminais	16	Não alterou	22
Varas relativas aos Crimes contra Crianças e Adolescentes	0	0	0
Varas dos feitos relativos a Tóxicos	0	0	2
Varas de Execuções Penais - nova redação na Lei nº 3880/80	1 Execuções Penais	1 Execuções Penais	0
Varas de Execuções de Penas e Medidas Alternativas	0	0	0
Varas do Júri	0	2	0
Varas da Auditoria Militar	0	0	1
Varas do Sistema dos Juizados Especiais	0	0	0
Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher	0	0	0

Para ilustrar melhor comparativamente a composição da capital, nos anos anteriores e a atual legislação (2007), seguem suas especialidades e o quantitativo.

QUADRO 11 – Especializações Jurisdicionais na cidade de Salvador – legislação atual (2007)

Especializações Jurisdicionais	Quantidade
Varas dos feitos Cíveis e Comerciais, sendo a 28ª com competência cumulativa também para os feitos relativos a Registros Públicos	28
Varas dos feitos relativo às Relações de Consumo	17
Varas da Fazenda Pública	25
Varas de Família	24
Varas de Sucessões, Órfãos e Interditos	10
Varas de Acidentes de Trabalho	02
Varas da Infância e da Juventude	05
Varas de Precatórios	03
Varas Criminais	34
Varas relativas aos Crimes contra Crianças e Adolescentes	03
Varas dos feitos relativos a Tóxicos	05
Varas de Execuções Penais	03
Varas de Execuções de Penas e Medidas Alternativas	01
Varas do Júri	03
Varas da Auditoria Militar	01
Varas do Sistema dos Juizados Especiais	50
Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher	01

Fonte: Lei nº 10845/07 – art. 130

Com base nesses dados já é possível considerar algumas características preliminares dos tribunais baianos, no que diz respeito aos seus limites, em termos de acesso e democratização da justiça. A recente demanda do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, regulado na lei em novembro de 2007, frente à mobilização do Executivo Federal⁹⁸, caracteriza-se por mudanças na organização judiciária. Ainda não está aplicada em toda sua cobertura, encontra-se em fase de implantação. Anteriormente, a Bahia não dispunha de uma lei que regulamentasse a organização judiciária do Estado, isso caracterizou um efetivo distanciamento das orientações legais, em termos de cobertura plena à maioria da população: a concentração de assistência jurisdicional ainda se encontra na capital; existem municípios sem cobertura ampla de especializações jurisdicionais e ainda alguns municípios sem Comarca Judiciária; as prioridades jurisdicionais do Tribunal do Estado da Bahia na oferta de Varas; a recorrente aglutinação de serviços jurisdicionais, por vezes com interesses díspares,

⁹⁸ Através do Pacto Republicano.

como por exemplo, a Vara relativa à Tóxico, aglutinando Acidentes de Veículos e Delitos de Imprensa, na Comarca de Feira de Santana; a previsão de instalação de Conselhos Municipais de Conciliação, em caso de não existência de Comarca, como se em alguma cidade, seja ela de pequeno, médio ou grande porte, pudesse se desprover de uma assistência judiciária plena; baixo número de operadores do direito – magistrados ou técnicos judiciários no quadro técnico de funcionamento da organização judiciária, ainda como previsão; abertura da lei para favoritismo e despotismo na prestação de serviço nas Comarcas e Varas etc.

O objeto dessa pesquisa se constitui pelo universo geográfico da cidade de Ilhéus; contudo, anteriormente, na pesquisa de mestrado (MARTINS, 2007), apresentamos alguns dados referentes à capital baiana, que revelam que essas especificidades jurisdicionais também não tiveram ampla cobertura na cidade de Salvador. De 1991 a 2003, aproximadamente 1700 crianças e adolescentes foram assassinados em Salvador e Região Metropolitana. A falta de investigação e de apuração desses crimes foi apontada como um dos principais fatores para a sua multiplicação. A maioria desses crimes não é resolvida, ficando os seus autores impunes. De acordo com o *Centro de Defesa da Criança e Adolescente (CEDECA)*, existem apenas duas Varas Criminais para julgar ações penais dessa natureza em toda Bahia, o que determina uma lentidão da justiça. Esse registro na verdade tem relevância para mostrar como a apuração de crimes contra crianças e adolescentes, sejam eles de natureza sexual e/ou fatal, encontram limites nos serviços de atendimento, bem como a configuração de uma extensão temporal dos recursos jurídicos colocados à disposição da sociedade para o acesso à justiça.

Consta nos relatórios do Conselho Nacional da Justiça (2008), também em recente publicação na imprensa,⁹⁹ que a situação da Justiça na Bahia tem sido palco de preocupações mais contundentes por parte das equipes dos Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em razão das inspeções realizadas durante o ano de 2008. Os inspetores revelam que a situação do Estado é caso único em todo Brasil, constatando impressionantes relatos de irregularidades. O Tribunal de Justiça da Bahia não dispunha de uma autonomia funcional, administrativa e financeira, nem dotação orçamentária própria e delegava ao Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária (IPRAJ) essa

⁹⁹ Embora fosse possível encontrar essas informações em demais instrumentos da imprensa, privilegiaram-se aqui as informações sistematizadas pela Carta Capital, com artigo em capa intitulado *Devassa na Justiça*. Ver: Carta Capital, ano XV nº 565, 30 de setembro de 2009.

função. Nesse sentido, todos os recursos do judiciário local, verbas estaduais e taxas de cartório, desde 1984 estavam sendo administrados por essa instituição.

A condução dessas irregularidades permitia que a instituição estabelecesse convênios não autorizados, concedesse empréstimos e fizesse o pagamento dos magistrados, sem nenhuma regulação e fiscalização administrativa. Constataram-se descabros, como pagamentos de policiais para garantir segurança para juízes, numa clara conduta inconstitucional de privatização dos agentes do sistema de segurança pública. Alude-se aqui ao patrimonialismo de Holanda (1995), bem como à afeição pelas relações personalistas. Uma explícita imagem das dificuldades entre a esfera pública e privada. As contribuições teóricas de Holanda (1995), aplicadas à condição de uma herança cultural patrimonialista, atomizada pela cultura personalista, revelaram o arrefecimento claro da distinção entre os domínios da esfera pública e a esfera privada. Nesse sentido, a condição de Ilhéus salta aos olhos já nesse contexto recente das instituições jurídicas baianas. O estreitamento dessas instituições com o poder local não caracteriza a neutralidade política dos tribunais.

De qualquer forma, em razão desse contexto rural, a localização de um desenho espacial das relações de poder local aponta uma discussão do processo de modernização, uma vez que o binômio tradição x moderno tem como contraponto-chave o meio rural e o meio urbano. A questão central para a análise aqui assentada é inspirada em Fernandes (1974), orientando a puxar o fio condutor dos estudos de mudança social, rastreando as tensões entre condutas e mentalidades tradicionais e urbanas. O dualismo estrutural incide, particularmente, nas suas implicações nas relações interpessoais. Alguns autores declaram que o processo de modernização marcou profundamente as relações interpessoais na medida em que favoreceu um aprimoramento de seus conhecimentos e de sua percepção sobre a vida política, tendo em vista que a ordem social imprime novas dinâmicas nas relações sociais. Contudo, também promoveu um processo de intensa incorporação de novos mecanismos de sociabilidade, inscritos no desenho institucional, nem sempre absorvidos na sua integralidade por todo o corpo social, marginalizando segmentos e, dessa forma, precarizando as relações sociais que se inscrevem nesse contexto institucional. Não se pode negligenciar as mudanças nos papéis sociais a partir do espaço urbano e rural. As distorções da sociabilidade, no caso baiano, estiveram profundamente ligadas ao patrimonialismo (HOLANDA, 1995).

Um registro simbólico dessa autoridade local em cadeia para favorecimento do acusado pode ser expresso na análise de uma sentença de 2001, em que o irmão de uma autoridade policial é apresentado como acusado de estupro. As razões dos “ajustes informais” para liberação do acusado caracterizaram um complexo de indulgências por parte de diferentes operadores do sistema repressivo – do agente policial ao juiz, que acatou a denúncia, pedindo o arquivamento do inquérito policial.

[...] acusado fora preso em flagrante, por ter estuprado a sua sobrinha, sendo o mesmo conduzido à Delegacia de Polícia no mesmo dia, por volta das 22:00h, permanecendo custodiado ali, até a manhã seguinte. A delegada de plantão, na data do fato, responsável pela lavratura do competente auto de prisão em flagrante, informou que não recebera a notícia da prisão em flagrante do acusado, informando que estava em casa, enquanto que o agente de polícia, o qual se encontrava na Delegacia no momento da apresentação do referido acusado, afirmou que telefonara várias vezes para delegada na noite do dia 11, mas não conseguira comunicar-se com a mesma. A delegada esclareceu que somente tomara conhecimento da prisão na manhã do dia 12, comunicando, incontinentemente, o fato à delegada de plantão, a qual procedeu ao interrogatório do acusado, liberando-o posteriormente, decidindo apurar o fato por inquérito policial regular, alegando a impossibilidade de lavrar o auto de prisão em flagrante, devido a não localização dos policiais militares que efetuaram a sua prisão. Ressalte-se que tais policiais foram encontrados sem maiores dificuldades e ouvidos no presente procedimento, fls. 35 e fls. 40, e que não houve registro da liberação do preso, conforme certidões de fls. 49 e 73, tendo o preso sido posto em liberdade, sem qualquer formalidade pela delegada. Ademais, impõe-se destacar que há declarações nos autos de que o acusado é irmão do policial, agente civil (segue informações do local de lotação que foram suprimidas aqui), o que sugere a facilitação de sua liberação pelos policiais.

[...] examinados os presentes autos, verifica-se a inexistência de provas suficientes que viabilizem o oferecimento da denúncia, tendo em vista a não comprovação da intenção direta dos agentes em praticar delito. (DENÚNCIA PELO MP, 2001)

É claro que é preciso relativizar um pouco, inclusive reconhecendo que essas práticas não são de exclusividade da cidade de Ilhéus, nem dos tribunais baianos, conforme revela Paes e Noronha (2002), quando atribui como rotineira a violência policial contra indivíduos. A questão aqui é se apropriar desses registros reveladores e estabelecer uma inferência parcial nessa dinâmica. Outros estudos seriam necessários para confirmar esses elementos. Outro registro de autoritarismo local foi denunciado por um acusado na fase de seu depoimento em juízo, como se destaca abaixo:

[...] por seu turno, o acusado demandou por absolvição, asseverando que sua confissão policial foi obtida mediante violência, havendo a Delegada, juntamente com o agente de Polícia S., o ameaçado, inclusive com **palmatória e prisão**...[...] (SENTENÇA, 1998)

Esses registros de autoritarismo aliam-se a outras práticas de mandonismo local. Os dados publicados no relatório do CNJ, bem como exemplos como esses citados, aliam essas práticas às exercidas nos meios políticos, nas agências públicas, durante décadas, sob o domínio do controle político de Antonio Carlos Magalhães, e que desempenhou, dentre outras instituições do poder público, a captação de recursos para o financiamento das campanhas dessa referência política na Bahia. Essa constatação, aliada à leitura política que se fixou no imaginário político do estado aos “caciques” políticos e aos recorrentes domínios privativos dos serviços, e à inoperância de algumas leis, no que diz respeito à participação e controle social na Bahia, quando resistem ao acesso público informações de domínio público, são feridas de um Estado com fortes heranças do mandonismo local (QUEIROZ, 1976), sob a égide de força das orientações políticas locais.

Após a intervenção do Conselho Nacional de Justiça e a proposição da lei de Organização e Divisão Judiciária na Bahia, a administração e funcionamento da justiça e seus serviços auxiliares, que regula o sistema de justiça na Bahia, reformas consideráveis foram observadas, mas os tribunais baianos ainda parecem caminhar na contramão das mudanças no judiciário, principalmente no que tange a uma configuração de uma magistratura mais democrática. A situação dos municípios da Bahia ainda carece de oferta sistemática de toda ordem para dar visibilidade a esse serviço. A cidade de Ilhéus, universo geográfico no qual se desenvolve esse estudo, revela mais variáveis na composição da análise contextual dos tribunais no Brasil. Se a cidade de Ilhéus não é o retrato dessa imagem do judiciário, é parte dela e, mais ainda, é reveladora da situação dos tribunais no interior do país.

5.2.2. As Varas Crimes no Fórum de Ilhéus

As características da organização judiciária na Bahia apresentaram alguns elementos que se problematizavam no estudo das sentenças em Ilhéus. A Comarca de Ilhéus não dispunha de Varas Especializadas para Crimes contra Crianças e Adolescentes. Isso implicava no fato de os processos serem distribuídos nas duas Varas

Crimes existentes, ou seja, aglutinando processos penais de toda ordem, salvo os expressos em lei.

Dentre as especialidades jurisdicionais das Varas, as que se dirigem ao público infanto-juvenil costumam ser alvo de dúvidas por parte do público leigo quanto às suas competências. Trata-se das *Varas da Infância e Juventude* e as *Varas relativas aos Crimes contra Crianças e Adolescentes*. No Estado da Bahia, a regulação da lei 10.845/07, no seu art. 77, define que as Varas da Infância e Juventude exercem jurisdição em matéria cível, infracional e de execução de medidas socioeducativas, competência em matéria infracional e não-infracional, adequado pelo ECA/90. Considerando que crianças e adolescentes não cometem crimes, mas ato infracional, os sistemas jurídicos brasileiros observam uma especificidade na natureza das condutas infracionais na oportunidade desse público protagonizar o fato jurídico e executam e regulam as medidas socioeducativas. Sendo assim, grande parte dos tribunais coaduna com essa funcionalidade de competência jurisdicional e remete processos de crianças e adolescentes na condição de autores do ato infracional para essa Vara¹⁰⁰. No que tange à matéria não-infracional, compete a essa jurisdição conhecer as ações cíveis fundadas em interesses individuais, coletivos e difusos, de acordo com o ECA/90. Nesse sentido, o juiz titular confere ações voltadas ao disciplinamento e à fiscalização da condição da infância e do adolescente na sociedade.

As Varas relativas aos Crimes contra Crianças e Adolescentes referem-se:

à competência de processar e julgar os crimes e as contravenções penais, cujas vítimas sejam crianças e adolescentes, bem como os incidentes processuais atinentes, ressalvada a competência das Varas do Júri, de Acidente de Veículos e do Juizado Especial Criminal. (Art. 85 da lei 10.845/07)

Essas competências revelam então que os crimes sexuais contra crianças e adolescentes deveriam ser julgados em instâncias dessa natureza, em razão da especificidade da conduta e da necessidade do conhecimento sistemático dos estatutos legais. Isso porque, além do Código Penal e Código de Processo Penal, comum para os operadores, o ECA/90 também vai regular os procedimentos processuais tanto na condição de autoria do ato infracional, quanto de vítima do crime e/ou ato infracional.

¹⁰⁰ Como foi o caso sob equívoco de forma a sentença citada na pág xx que após chegar em juízo criminal por se tratar de crianças e adolescentes tanto vítima, quanto réu, foi arquivado o processo na Vara Crime e remessada à Vara da Infância e Juventude.

Contudo, a aplicação do ECA/90 nas sentenças estudadas não foi verificada, de modo que este não se configura como um dispositivo normativo que balize as sentenças e os magistrados locais. Não foi encontrado nenhum processo com referência ao ECA/90, nem nos crimes cometidos no segundo momento, pós-1990. A universalização do Código Penal nas tipificações penais projetou-se de forma hegemônica, mesmo com a configuração das outras normativas legais. O relevo dessa referência legal foi totalmente desprezado, tanto pelo Ministério Público no ato da acusação penal, quanto da tomada de decisão do juiz, arrolando-se a essa normativa penal. O mais agravante foi a não observância desse ordenamento na aplicação da norma em ausência de um tipo penal correspondente à prática delituosa como pode ser observado em alguns casos, cito:

[...] o representante do Ministério Público, baseado no incluso inquérito policial, denunciou M.D.S.F., conhecido como c, requerendo sua condenação na pena estipulada no art. 213, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, por ter estuprado a menor N.R.S., fato esse ocorrido no interior da residência do próprio denunciado. [...] a materialidade do delito, na forma tentada, pelo fato de não ter deixado vestígio não restou provada nos autos, nem mesmo pela prova indireta, a testemunhal. “Concessa vênua” do ilustre Promotor, o ato cometido pelo denunciado, afigura-se a mim como atípico, haja vista que não se enquadra em qualquer dos “tipos criminais elencados no capítulo “Dos crimes contra a liberdade sexual”, art. 213 a 216, nem tampouco no capítulo “Do ultraje público ao pudor” art. 233 e 244: a) não houve tentativa de estupro, segundo a exordial, porque o acusado não deu início a atos de execução do crime, como, e. g., cópula vestibular ou vulvar, até porque a “vítima” estava dormindo; b) por se encontrar a “vítima” nessa circunstância, ela não foi, “ipso facto”, constrangida a praticar com acusado, ou permitir que este com ela praticasse ato de libidinagem, conhecido pelo “nomem júris” de atentado violento ao pudor, inscrito no art. 214 do Código Penal; c) o acusado não teve conjunção carnal com ofendida que pudesse caracterizar qualquer delito dos art. 215 e 217; d) nem tampouco ocorreu a consumação dos delitos tipificados nos art. 216 e 218, porque, pelo fato de a vítima estar dormindo, não poderia o acusado, como não fez, induzi-la a praticar com ele ato libidinoso, mediante fraude, nem induzi-la a presenciá-lo. [...] nem mesmo a prática de “ato obsceno” pode ser atribuída ao acusado, porquanto tal delito se caracteriza na sua realização em “lugar público” (art. 233, Código Penal), e, aqui, o fato se passou em um dos cômodos da casa residência do denunciado. [...] M.D.S.F. o denunciado, disse na Polícia, que já ia dormir, quando a bebida “subiu” e aí cometeu o erro de “bulir com uma menina de menor, mas não fez nada com ela – fls. 07.[...] o pai disse na Polícia (fls. 08), que viu M. tentando tirara calcinha da menina [...] [...] ainda que houvesse coerência nos seus depoimentos, o ato do denunciado não chegou a se constituir em nenhuma infração penal, visto que ocorreu alheio ao conhecimento da “vítima”, e esta não presenciou, nem por ele foi maculada ou corrompida. O efeito ético, embora voluntário, é que conduziu o acusado a prática do ato impensado, sem qualquer consequência para a vítima, até porque as testemunhas de defesa atestaram ser ele uma pessoa que nunca causou mal a alguém, senão ele próprio, em virtude do vício alcoólico que já o levou por duas vezes à prisão [...] [...] julgo improcedente a denúncia [...] (SENTENÇA, 1996).

O exemplo acima é típico de um caso em que o magistrado não reconheceu a adequação do comportamento delituoso à norma (as inscritas no Código Penal) e não

recorreu ao ECA/90 como dispositivo que engloba qualquer tipo de maus-tratos contra esse grupo etário. Sem falar na sua interpretação da gravidade dos fatos, que será objeto de análise posteriormente. A questão que salta os olhos é a não observância de um estatuto legal que é específico para o tratamento de ofensas às crianças e adolescentes e não é aplicado nas práticas rotineiras da norma ao delito pelos operadores do direito local.

Essa situação pode comprometer a percepção da infância pelo magistrado, não ascendendo a esse grupo um componente valorativo para maior combate às suas ofensas, como também pode explicar-se, sobretudo, em razão da atividade adjudicante não ser especializada, não ser própria para a adjudicação de crimes contra esse grupo. As varas especializadas exigem do magistrado maior aprofundamento de sua atividade laborativa, no que diz respeito aos ofícios que ele realiza. Quando suas atividades tendem a ser muito diversificadas, sua aproximação com as ocorrências, as nuances, as sensibilidades ficam arrefecidas. Os crimes costumam engendrar uma padronização, merecendo um estudo pormenorizado de suas práticas. Num contexto onde um número expressivo de tipos penais é apreciado, nas suas mais diferentes categorizações, o olhar mais apurado para determinadas condutas se perde no emaranhado de complexos comportamentais aos quais os magistrados pretendem “decifrar”. A situação para os crimes contra a criança e adolescente merece maior rigor dos tribunais em razão de suas próprias dificuldades cognitivas de sustentar o mesmo discurso, diante das relações hierarquizadas do contexto social no que ela se insere, diante das dificuldades interpretativas com o rito dos tribunais, como pode ser observado num processo:

[...] Durante instrução criminal A.C.N.D.S. (fls.62) ratificou as suas declarações prestadas à polícia [...] que não ficou excitada no momento da penetração, e que não entende a palavra “lubrificada” que consta do seu depoimento de (fls. 09). Na sua defesa prévia o acusado referiu-se a resposta dada pela vítima a autoridade policial, no tocante ao termo “lubrificada”, para descaracterizar o estupro, porquanto, segundo ele, a lubrificação da mulher é ato preparatório para enlace amoroso e contradiz o conceito de estupro “que é a conjunção sexual violenta” [...] (SENTENÇA, 1998)

A procura suprimida (SOUZA SANTOS, 1996) revela como as vítimas ficam desalentadas quando entram no sistema judicial, interagem com o magistrado, esmagando-as com a linguagem formal, pela maneira cerimoniosa de vestir e tratar. A não especialidade para o tratamento desse crime revelou um número expressivo de

processos arquivados em razão dos limites característico de uma jurisdição pouco afeita à legislação específica do ECA.

Essa situação de Ilhéus remete ao modelo teórico socioestrutural que dá validade teórica à *sentencing*. A filosofia penal dos juízes aqui arrolados, enquanto mediadores entre a sociedade e o a cultura penal, revela o tom classicista dos magistrados ilheenses, no que se orienta as suas referências jurídicas. Eles se fixam em poucas informações para alvejar uma composição dos elementos para tomada de decisão. Sua filiação partidária a uma cultura penal assina essa disposição favorável aos princípios doutrinários penais.

A realidade local, na composição de sua infraestrutural, de acordo com a lei de organização judiciária na Bahia, dispõe de um quadro de ausência de uma especialidade jurídica para os crimes contra o universo infanto-juvenil. Na Comarca de Ilhéus algumas especialidades jurisdicionais não estão totalmente cobertas. Conforme pode ser observado na Tabela 4, a Comarca de Ilhéus não possui a Vara relativa aos Crimes contra Crianças e Adolescentes (conforme se observa no Quadro, na cidade de Salvador) sofrendo a distribuição processual nas duas Varas Crimes existentes, as quais recebem os processos de crimes de toda natureza, exceto, os crimes de competência da Vara Júri¹⁰¹.

QUADRO 12 – Especializações Jurisdicionais e quantitativo de magistrados na cidade de Ilhéus

Previsão das Especializações Jurisdicionais – lei 10845/07	Situação atual 2011	Número de Juízes nas especializações jurisdicionais - 2011
03 Varas Cíveis e comerciais – além de suas atribuições julgam registros públicos e acidentes de trabalho	03	03
02 Varas relativas aos feitos de Relações de Consumo	01	01
03 Varas de Família, Órfãos, Sucessões e Interditos	02	02
04 Varas Criminais – sendo a 1ª Vara cumulativa relativos a Júri	02 V. Crime ¹⁰² 01 V. Júri e Execuções Penais	03
01 Vara de Execuções penais e Execuções de Medidas Alternativas	0	0
01 Vara da Infância e Juventude com competência para execução para medidas socioeducativas	1	01

¹⁰¹ Art. 74 § 1º - *Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados e tentados* (CPP, p. 25)

¹⁰² Segundo declaração do chefe do cartório, há previsão de mais uma Vara Crime em razão do movimento forense.

03 Varas Juizados Especiais	02 Cíveis 01 Crime	02
01 Vara Regional de Conflito Agrário e Meio Ambiente	0	0

Fonte: **lei 10845/07**/Entrevista em pesquisa de campo, conforme anexo 2 - maio/2009; confirmados os dados em 2011.

Embora para efeito de regulação da administração judiciária, a Comarca de Ilhéus atualmente apresente correspondência entre o quantitativo de juízes e especialidades jurisdicionais, nem sempre foi assim. Somente a partir da década de 1987 foi incorporada uma nova Vara Crime e, conseqüentemente, mais juízes. Antes desse período, existia um único juiz para adjudicação de todos os crimes, numa única Vara.

Com relação à serventia judiciária, as Varas Crimes de Ilhéus também apresentam um quantitativo incondizente com sua demanda forense. Informações colhidas no local permitiram observar que na Primeira Vara Crime há, atualmente, um quantitativo de quatro serventuários concursados e apenas um oficial de justiça, embora a legislação da organização judiciária determine o número de nove serventuários. Na Segunda Vara Crime, existem três funcionários concursados e um serventuário cedido oriundo da penitenciária local, bem como dispõe de dois oficiais de justiça. Nas duas varas crimes de Ilhéus não há nenhuma composição de equipe multidisciplinar (assistente social, psicólogos) para ajudar a adjudicação dos crimes sexuais, o que implica numa disposição total do magistrado titular em lidar com o tema de forma genérica e não especializada. Primeiro, porque não há uma Vara específica para crimes cometidos contra esse grupo social, o que revelaria um quadro normativo mais específico; segundo, o movimento forense cada vez maior, em razão da crescente criminalidade¹⁰³, implica no magistrado não ter oportunidade de se aprofundar no debate e numa instrumentalização teórica que lhe permita ajudá-lo no processo de adjudicação. A dinâmica processual, diante de uma pressão recorrente para um sistema judicial célere não permite maiores inferências em crimes que exigem maior reflexão dos outros campos disciplinares.

Uma informação importante para analisar o tempo processual era a informatização da Vara no SAIPRO¹⁰⁴ na organização dos processos. Os dados registram toda ação processual e disponibilizam a data dos feitos, entretanto, não

¹⁰³ A discussão aqui está colocada de forma genérica, como uma ocorrência que vem sendo perceptível nos contextos sociais, de modo geral, seja nos grandes centros ou nas cidades de pequenos porte. Sem entrar nos detalhes se em razão de um crescimento da criminalidade por eventos ou pela situação de uma política de repressão.

¹⁰⁴ Esse processo de informatização só aconteceu em 2003 na Comarca de Ilhéus.

disponibilizam os dados qualitativos, esses só em posse dos “autos”. Antes do ano de 2003, os registros eram realizados no computador, na máquina de escrever ou de próprio punho, mas sem um processo de informatização, colaborando para lentidão dos processos. Os meios artesanais na dinâmica processual também favoreciam maior complexidade no manuseio dos mesmos, bem como a morosidade no que tange a: localização, instruções processuais, perda de documentação, ausência de elementos processuais etc. Isso implicou também, dentre outras razões, no alto índice, cerca de 51%, de processos que foram arquivados pelo título de extinção de punibilidade por prescrição.

O controle dos “tempos” processuais exige por parte dos magistrados maior rigor e controle nas etapas processuais, uma vez que isso não é disponibilizado como uma condição aplicada nas práticas jurídicas locais cartoriais. Os processos ficam à revelia da qualidade da vítima, no sentido de sua disposição para a cobrança de uma resposta institucional, sobretudo atida pelo advogado de defesa. Nesse contexto social local, dois problemas se configuram. Primeiro, grande parte dos acessos jurídicos está dada por uma representação de baixo poder aquisitivo, acessando a defesa pública local, o que implica em limites a sua cobertura mais premente aos litígios (uma vez que a defensoria pública não tem muito estreitamento com seus usuários, dada a sua imparcialidade em relação a seus representantes). Essa situação não confere muito controle aos processos, no que tange ao curso de seu tempo. Por outro lado, a defesa dos agressores usa esse curso processual, mobilizando seus interlocutores a se ausentar, não comparecer a audiência..., enfim, estimulando comportamentos que configurem dificuldades processuais para o “tempo correr” e o processo ser arquivado sem muito esforço diante da dinâmica das interações das audiências. A corrente representação coletiva de que a Justiça não dispõe de recursos suficientes para esse controle, aliada a uma orientação profissional que propõe um comportamento negligente como estratégia de defesa, imprime a revelação desse quadro lastimável do tribunal local. É possível observar esse reconhecimento do acusado das práticas usuais para prescrição do crime: “[...] alertando que o processo estará prescrito 'dentro de alguns dias' razões pelas quais não se deve cometer injustiça, argui ele [...]” (SENTENÇA, 1981).

A Comarca de Ilhéus possui, atualmente, duas Varas Criminais, e elas apresentam organização procedimental diferenciada; por isso, parte dos processos está cadastrada no sistema e os processos mais antigos não. Os registros estão sendo

gradativamente digitalizados. Na Primeira Vara, os registros só estão no banco de dados de 2005 para frente. Contudo, o espaço em que se encontram os processos nas varas Criminais é o cartório da Vara, inclusive os arquivados, ainda na fase de inquérito policial, ou por pedido do Ministério Público. Para a pesquisa, esta forma de organização diminui a movimentação do pesquisador no sistema jurídico, concentrando suas atividades em um único espaço. No período anterior à década de 2000, segundo representantes locais, a Vara Crime estava completamente desprovida de uma organização profissional que permitisse o acesso público.

Os processos mais antigos ainda não cadastrados no sistema (Saipro) encontram-se numa sala reservada, que no cartório denomina-se comumente “arquivo morto”, caracterizando os processos muito antigos. Todos estão acondicionados em caixas numericamente organizadas. Durante a pesquisa de campo, a pedido da Corregedoria de Justiça, em razão das exigências que o Conselho Nacional de Justiça está fazendo em todo o território nacional do controle do movimento forense no judiciário, o chefe do cartório justificou a solicitação dos dados usados nessa pesquisa na catalogação dos crimes, sob a alegação que eles não têm disponibilidade para realizar esse controle, uma vez que para fazer esse serviço teriam que parar o ofício no cartório. Alguns dados foram disponibilizados, mas não foi possível atender completamente a solicitação, em razão de os métodos de coleta de dados não atenderem inteiramente às exigências feitas. Por exemplo, o nome das vítimas poderia ser usado para organização dos processos em ordem alfabética; contudo, uma vez que essa informação não é revelada na pesquisa, ela não foi objeto de identificação.

As características físicas das varas de Ilhéus revelam também os limites de infraestrutura colocados para o processo de adjudicação. De fato, os juízes atuam num ambiente extremamente lasso, arrefecido. A caracterização física do Fórum está distante da imponência de alguns tribunais e, internamente, as varas se caracterizam por um espaço comum, característico de algumas instituições públicas: salas entrecortadas com divisórias, e os processos avolumados, distribuídos nas estantes, dividem o espaço com os serventuários. Um ambiente desfavorável, com recursos humanos insuficientes, com aparato material limitado e organização procedimental trabalhando sempre no limite. Nos processos, foi possível observar a falta de uniformização dos documentos, o lasso cuidado material com as fichas simbólicas revelou documentos não presentes, processos incompletos etc. Contudo, esse lasso desvelo com os processos, na década de 2000 foi

possível observar uma dinâmica mais profissionalizada do movimento forense, com a disposição do material de forma mais cuidadosa, mas ainda com os limites de infraestrutura presente.

Outro dado importante para explicar os determinantes do decisório judicial na Comarca de Ilhéus é a limitação do empreendimento carcerário, arrefecendo a disposição dos magistrados em promover um inchaço da cadeia local¹⁰⁵ com crimes dessa natureza. Ilhéus não dispõe de estabelecimento penitenciário para cumprimento de penas em regime de prisão semi-aberto. Isso, na prática, significa que os réus que têm a sentença proferida com essa denotação condenatória, acabam cumprindo pena em regime fechado. Dos nove processos que sofreram condenação: quatro foram de regime aberto, ainda no período anterior à lei de crime hediondo; um de regime semi-aberto, que na realidade local cumpriu-se em regime fechado; e quatro processos de regime fechado, configurando a cominação do regime fechado da Lei nº 8072/90 para os crimes com denúncia a partir de 1996. O único processo de regime semi-aberto, com denúncia datando de 1992, caracterizou uma não aplicação da lei dentro da exigência da lei de crime hediondo. As disparidades das penas são rarefeitas as práticas sociais imersas no processo decisório mais consistente do universo adjudicante; contudo, os limites culturais, sociais e institucionais revelam sua dinâmica nas determinantes do processo de tomada de decisão.

A composição da cultura jurídica aliada ao crescimento seletivo da lei penal, como foi o caso da Lei nº 8072, de 1990 de crimes hediondos, dentre os quais os crimes de estupro se enquadraram desde o primeiro momento da normativa, provocou o aumento das penas nas sentenças, nos processos que condenaram os acusados. Dessa forma, o contexto do mosaico social que compôs a identificação das disparidades das penas na realidade de Ilhéus caracterizou um tribunal de práticas adjudicativas próprias, revelando implicações não só contextuais, políticas e sociais da região, mas também implicações da cultura profissional e da dinâmica da infraestrutura da instituição

¹⁰⁵ Ilhéus não tem cadeia, tem uma Casa de Custódia, onde os acusados ou presos em prisão flagrante ficam aguardando a sentença. Como curiosidade, a cidade também não tem local para pessoas menores de 18 anos sofrerem as medidas socioeducativas. Na ocorrência da decisão judiciária, tanto condenados, como infratores são encaminhados para Salvador. No que se refere aos menores de 18 anos para aplicação das medidas socioeducativas, essa situação fere completamente o ECA, uma vez que as medidas devem se aplicadas numa instituição perto do local de residência do infrator, de modo que sua família possa acompanhar sua ressocialização. Em contextos de precariedade econômica, os adolescentes são deslocados para a capital, distanciando-se da família e, às vezes, desligando-se por completo.

judiciária local. E a natureza da independência dos magistrados revela também particularidades no contexto dos tribunais do interior.

5.3 O critério legal - A gravidade dos fatos na aplicação da norma

Essa categoria tem destaque especial nesse trabalho, pois revela a principal determinante das penas. A aplicação da pena é um instrumento da atividade exclusiva do magistrado, que realiza o processo de ajuste dos comportamentos desenvolvidos durante o fato jurídico e enquadra-o à regra jurídica. Robert (2007) afirma que a norma jurídica advém, inicialmente, da disposição da legislativa original, bem como da jurisprudência. Contudo, o magistrado sempre se mostra criador do direito a partir de sua percepção da interpretação legal, na aplicação da norma.

Segundo Vianna et al (1997) os países da *civil law*, a positivação do direito natural alocou um processo de mudança no paradigma na ordem jurídica, dando uma nova configuração as funções tradicionais do magistrado. Além de enquadrar o fato à lei, o juiz é atribuído a investigar sobre os valores e os princípios que a norma está assentada constitucionalmente. Essa seria uma condição, dentro da filosofia política do judiciário, para manter a guarda dos direitos fundamentais. Essa seria uma condição do sistema de orientação, implicadora no ajustar as normas ao fato.

Vanhamme e Beyens (2007) mostram na literatura da *sentencing* que a um mesmo caso julgado, experimentalmente, por diferentes magistrados não foi atribuída a mesma pena. Os fatos e as qualificações jurídicas são interpretados de diferentes formas, caracterizando decisões diferenciadas, o que imprime o dispositivo das disparidades das penas. Segundo as autoras, a gravidade dos fatos não se caracteriza por um fato objetivo, uma vez que a validade das racionalidades envolvidas revela uma gravidade estabelecida. Ou seja, os magistrados, ao dotarem-se de perspectiva subjetiva para interpretar esses comportamentos na sua adequação à norma, caracterizam uma compreensão da gravidade, a sua compreensão, ou como na acepção de Foucault (1999), sua pretensa verdade real formal, enquanto elemento objetivo.

Na *sentencing*, a grande maioria das pesquisas mostra o peso da gravidade dos fatos na determinação da sentença, pois é nesse momento que o magistrado revela sua compreensão sobre o evento e mostra, através da aplicação da regra, sua disposição para condenar ou absolver o acusado. Embora a gravidade seja uma qualificação jurídica, o fato de ela não se aplicar de forma uniforme nos tribunais incita a curiosidade sobre a sua aplicação. A percepção de uma norma jurídica estabelecendo diferentes penalizações envolve determinantes que o juiz aplica no universo de regras que lhe são colocadas. Dificilmente um comportamento delituoso característico de um tipo penal não será desviado para outra norma jurídica, mas as formas qualificadas do crime, a composição de elementos agravantes ou atenuantes pode favorecer ou não o acusado. Esses instrumentos legais estão à disposição do magistrado para sua aplicação. Mas há casos que podem ser ajustados para garantir a penalização do acusado, em razão de justificativas diversas. Bem como há casos em que um comportamento não tão típico fuja do alcance da penalização, na medida em que a autoridade judiciária não dispõe de uma compreensão mais ampla do escalonamento do crime, como pode ser observado na sentença já citada, em que o juiz reage com arquivamento do processo, anunciando não ter nenhuma norma aplicável a um comportamento de abuso sexual em uma criança.

[...] “Concessa venia” do ilustre Promotor, o ato cometido pelo denunciado, afigura-se a mim atípico, haja vista que não se enquadra em quaisquer tipos criminais elencados no capítulo “Dos crimes contra a liberdade sexual”, art. 213 a 216, nem tampouco no capítulo “Do ultraje público ao pudor” art. 233 e 244 [...] (SENTENÇA, 1996).

De fato, abuso sexual não se configura como um tipo penal, mas os comportamentos manifestos diante da criança ou do adolescente se enquadram na aplicação da norma incriminadora disposta no ECA/90, contra maus-tratos infanto-juvenil. Ademais, esse ordenamento jurídico se constitui justamente na sua capacidade de alcance para toda e qualquer conduta que caracterize maus-tratos contra esse grupo etário. O caráter holístico da regra jurídica assenta-se também na sua inferência hegemônica de qualquer comportamento negativo que não esteja contemplado pelo Código Penal. Contudo, a Comarca de Ilhéus, com sua característica classicista, formal, não toma esse ordenamento como referência jurídica na aplicação da norma, além de destituir esse grupo social de uma proteção integral, na medida em que despreza outros recursos para aplicação da regra jurídica.

É importante destacar também que existem dois momentos de interpretação dessa gravidade, segundo Beyens (2000). Trata-se de um primeiro momento de

qualificação, de aplicação da norma jurídica, caracterizando um tipo de gravidade na oportunidade da denúncia realizada pelo órgão acusador, o Ministério Público; podendo também ser qualificada pelo advogado de defesa, sendo uma ação penal privada, condicionada à queixa. E tem o segundo momento, fazendo a ligação entre essa *qualificação* e a *pena*, em caso de deferimento do magistrado dessa denúncia ou queixa na aplicação da norma jurídica impetrados por esses atores. É bom lembrar que a qualificação do crime é primazia do magistrado, ele ratifica ou não a qualificação atribuída nesse primeiro momento.

Segundo pesquisa realizada, operadores do direito canadenses e franceses (CUSSON, 1990 *apud* VANHAMME; BEYENS, 2007) mostraram uma percepção semelhante na gravidade dos fatos; já os países da Grã-Bretanha e Finlândia mostraram uma hierarquia entre os dois grupos qualificadores. Similaridades ou não dessa natureza revelaram uma ordem social moral e penal comum entre as instituições judiciárias ocidentais.

No presente trabalho, embora as formas de qualificação dos dois momentos não tenham se caracterizado como objeto de estudo, merecendo uma análise mais aprofundada, foi possível observar que existe essa uniformização da gravidade dos fatos entre o Ministério Público e os magistrados, com certa similaridade. As acusações do Ministério Público eram deferidas pelos juízes. Mas o mais interessante, em Ilhéus, foi o número significativo de iniciativas desse órgão desqualificando o crime, pedindo o arquivamento do processo, o que era deferido pelo magistrado, inclusive dispensando até a exposição de motivos da sentença, e fazendo apenas o registro, como segue: “[...] acolho o parecer e requerimento ministerial de fls. determinando o arquivamento deste processo [...]” (SENTENÇA, 2001). Os argumentos foram impetrados pelo Ministério Público e referidos integralmente pelo magistrado. De fato, essa situação explica o baixo número de sentenças prescritas, apenas vinte e dois processos que impetraram absolvição e condenação, diante de sessenta processos arquivados e dois processos que não apresentaram a sentença, estavam incompletos.

A etnometodologia de Garfinkel ajuda a pensar um pouco essa questão. Segundo esse teórico, pesquisas realizadas nos Estados Unidos mostraram que a interpretação da gravidade pelo juiz é guiada pelo seu *status* de membro de uma corporação, na qual o magistrado está afiliado a uma ordem institucional jurídica, baseado na “missão” que ele representa em seu ofício. Esse ponto apresenta

correspondência no tribunal ilheense, quando esses dois atores – Ministério Público e magistrados – estabelecem certo consenso e, dessa forma, compartilham uma mesma ordem jurídica. Também não se pode deixar de considerar os elementos que compõem os fatores externos das relações do contexto social. A cidade pequena, as relações personalistas, o modelo imperativo da centralidade das esferas privadas, bem aos moldes de Holanda (1995), podem orientar essa homogeneização das qualificações penais. De todo modo, esta é apenas uma possibilidade não comprovada empiricamente, uma vez que esse estudo não assumiu esse desafio; mas a visão panorâmica prometeu uma boa hipótese a ser confirmada, posteriormente, em outros estudos.

A gravidade dos fatos conduz várias possibilidades de qualificação na aplicação da norma jurídica, dotando-a de elementos significativos, que foram mostrados no referencial teórico. A idéia desse trabalho é apresentar uma linha que conduz, orienta essa aplicação dos magistrados da regra jurídica, no funcionamento das instituições penais, na sua percepção da gravidade; não a gravidade dos fatos, mas a gravidade que o magistrado percebe. É o que veremos a seguir.

5.3.1 Materialidade do crime e a suspeita das vítimas

Um dado significativo nas sentenças estudadas diz respeito à materialidade do crime. Um número considerável de processos foi submetido a arquivamento em razão da suspeita da vítima, ou seja, da não credibilidade no valor de sua palavra. A literatura (VIGARELLO, 1998) mostra que os magistrados só aceitavam as queixas de uma mulher mediante os sinais físicos explícitos no Antigo Regime da França, bem como os sinais de luta corporal. O aviltamento das vítimas era uma condição recorrente que as colocava sob suspeita. No Brasil Colônia, isso não foi diferente, conforme Goldschmidt (1998) mostrou, as vítimas precisavam manifestar indícios de conflitos físicos, como roupas rasgadas, gritos etc. A perseguição do gesto moral, atrelado à imagem do ato atravessa o tempo e introduz a violência moral a partir da incorporação de novos gestos e atos ao crime de estupro. Contudo, em Ilhéus, o universo estudado encontrou limites na consideração dessas reformulações do crime de estupro, observando ainda uma focalização na violência física. Apenas alguns exemplos mais emblemáticos das

sentenças podem afirmar esse desempenho conservador do tribunal baiano, sob vários aspectos:

Na condição da ausência de prova material:

[...] inexistindo nestes autos indícios de materialidade delituosa e, muito menos de autoria [...] (SENTENÇA, 2003); [...] observa-se a inexistência de qualquer elemento probatório capaz de apontar o cometimento do crime referido [...] [...] sem nenhuma prova da materialidade e autoria delitiva [...] (SENTENÇA, 2006); [...] arrolados na denúncia, socorreram C. Retirando-a do acusado, quando este estava sobre ela, e ambos informaram que tanto E. como a vítima estavam vestidos [...] (SENTENÇA, 1995).

A focalização nos indícios físicos, materiais, também promoveu destaque nas sentenças de Ilhéus, onde os magistrados desemonstravam um empenho para aplicar a regra jurídica mediada pela comprovação material do crime. Nesse sentido, exames periciais tiveram um *status* particular, embora não fossem determinantes. O desempenho classicista desses juízes tendia a um desempenho simplista, objetivo. Na ausência de provas materiais ou de testemunho indireto (não necessariamente das partes) o processo revelava-se já com forte probabilidade de arquivamento. A utilização de novos recursos para instrumentalizar a prescrição jurídica não se aplicou nessas sentenças estudadas.

Na condição da suspeita da vítima:

[...] que a acusação formulada pela menor não carece de credibilidade visto ser a mesma, é uma adolescente de difícil trato e agiu com único propósito de retornar a viver em companhia de sua mãe no Rio de Janeiro [...] (SENTENÇA, 2000); [...] ausente a necessária ingenuidade da suposta ofendida, que até mesmo planejou como tudo ocorreria, marcando até data de quando perderia sua virgindade [...] (SENTENÇA, 2002); [...] tudo isso, se não prova a versão apresentada pelo acusado são, contudo, indícios que nos leva a concluir que a vítima não foi constrangida a ter relação sexual com o acusado – se é que ele foi o autor do seu desvirginamento [...] (SENTENÇA, 1995); [...] que pretendia a vítima ao permitir-se andar em uma moto às 22:30h, com dois rapazes com os quais não tinha antes qualquer relacionamento, senão o de ter adquirido laranjas na feira em mãos de um deles? Sequer tentou correr para a casa de sua colega P. (próxima ao ponto do ônibus) de onde ela tinha saído ao ser supostamente forçada a subir na moto, nem tampouco esboçou qualquer reação de fuga, ou pedido de socorro, quando estava no Posto diante das pessoas que ali se encontravam [...] (SENTENÇA, 1997).

A incitação de suspeita à vítima demonstrou grandes contornos, sobretudo, na questão da virgindade. A moralização da regulação penal do Brasil Colônia se respinga na moralização dos magistrados nesse aspecto, condicionando o merecimento de uma justiça, de uma reparação, à qualidade moral da vítima. Nesse aspecto, as sentenças de Ilhéus ganham também correspondência na literatura discutida nesse trabalho. A busca

pelo gesto moral mais que o gesto violento não só protagonizou algumas sentenças, como atrelou a vítima à imagem do ato.

Atribuindo a idéia de **consentimento da vítima**:

[...] ora, em face das declarações da ofendida e dos depoimentos acima, não há sequer dúvida que o denunciado, na forma como lecionaram os mestres do Direito aqui citados, é quem sempre foi vítima de assédios da menor, que está sempre atrás dele, não sendo por isso nada de estranho o acusado declarar que ela poderia dispor sexualmente a qualquer momento, o que já aconteceu [...] (SENTENÇA, 1998); [...] houve o abuso sexual de autoria do acusado, houve assentimento dela, ou pelo menos convivência sua. (SENTENÇA, 1989); [...] na noite que foi estuprada, segundo ela, não gritou, apenas empurrou o acusado porque “não queria”, reação essa bastante tênue e simplória para quem está sendo estuprada [...] (SENTENÇA, 1995).

O consentimento, enquanto um elemento significativo na hermenêutica do estupro, negligencia não só a incapacidade cognitiva da pessoa menor de 14 anos, como valoriza a ausência de sinais físicos de violência, negando a violência moral. Ainda creditando o desempenho do comportamento da vítima na sua não luta corporal a um assentimento. Esse contexto em particular se associa à imagem que Vigarello (1998) mostrou na idéia do consentimento, uma vez que, acreditando-se que existe uma capacidade do vigor feminino para sua defesa, se esta não é realizada, é porque a mulher assim o permitiu. É a categoria que aduz uma imagem permissiva da vítima, invadindo a consciência dos magistrados de forma intermitente. O referencial teórico mostrou que essa categoria atravessou o tempo e o estudo dessas sentenças em Ilhéus; e revelou que essa idéia moralizadora dos magistrados clássicos chegou nessa Comarca e se assentou, compondo uma característica desses operadores da atividade adjudicante.

Nas **questões morais** elencadas como elemento determinante, marcando a incriminação das condutas:

[...] as testemunhas também, que a vítima A., é detentora de caráter duvidoso [...] (SENTENÇA, 1995); [...] sempre foi uma menina rebelde, ficando revoltada com ele (o pai) depois que aconteceu a separação entre ele e sua mãe [...] [...] ofendida saía todas às noites [...] [...] comprovam vida instável da ofendida [...] [...] diante de vida instável e emocional da vítima, há de ser acolhida a acusação contra o seu genitor [...] (SENTENÇA, 1989); [...] há dúvida acerca da data que ocorreu a primeira relação sexual entre o acusado e vítima [...] diante do próprio comportamento da vítima que revela sua experiência de vida sexual, afastando, assim, os elementos integrantes do tipo penal, qual sejam a justificável confiança, anotado pelo representante do Ministério Público (fls. 56) e a inexperiência da ofendida. [...] a vítima demonstra experiência de vida e a ela tampouco acusado fez qualquer promessa de casamento (SENTENÇA, 1991).

A literatura (GOLDSCHMIDT, 1998; VIGARELLO, 1998), marcando o estupro nas suas intermitentes provas materiais, mostrou como a legitimação moral da

vítima ganha destaque. Contudo, sabe-se que não é novidade para essa prática social e jurídica na avaliação dos casos de estupro, enquanto uma lei diuturna. A criminalização mediada por considerações morais revela destaque desde o Direito clássico, quando atribuiu mais valor a esses elementos que aos gestos violentos da prática. Mas os acentos emblemáticos destacados aqui revelaram que essa incriminação da conduta, a suspeita da vítima, bem como seu aviltamento e a focalização dos indícios físicos ainda ganham total relevância no tribunal do interior, particularmente caracterizado aqui pela Comarca de Ilhéus, em períodos cobertos por grande influência de reformulações do estupro. O *status* jurídico e social da condição da vítima marca sua condição subserviente, seja do pai, namorado ou de um acusado com boa conduta social. E, no caso de crianças e adolescentes, mesmo na condição de sujeito de direito atribuída para os processos mais recentes, pós-1990, não revelaram “novas verdades” na incorporação das reformulações legais e sociais. A mudança cultural nos tribunais chega pelas vias repressivas, da mudança do curso legal da lei incriminadora pelo crime hediondo, mas não revelou mudanças substanciais incorporadas pela violência moral na prática do estupro.

A precariedade da abordagem judicial em Ilhéus revelou os limites dos meios forenses em apreender a “verdade formal” para caracterizar o evento. O depoimento da vítima em juízo que é um elemento de extremo valor, conforme ressalta a doutrina filosófica penal mais recente, se perde diante da primazia dos conflitos teóricos de interlocutores doutrinários mais conservadores que anunciam, que a palavra da vítima só vale arrolada a outras provas (testemunho indireto ou comprovação do exame), como observa-se nessa sentença condenatória:

[...] a materialidade e a autoria, “in casu”, excepcionando a regra geral em crimes dessa espécie, estão suficientemente provadas, precipuamente pela confissão do acusado e colaboradas, quer documentalmente, pelo laudo pericial de fls. 13, quer pelos departamentos da ofendida e das testemunhas.// ouvido na fase inquisitória fls. 15, e interrogado em juízo fls.26, o denunciado confessou a prática e a autoria do delito [...] (SENTENÇA, 1992).

Diante de tão frágeis instrumentos de apreensão da “verdade formal”, sobretudo nos crimes de estupro dotado de particularidades, os magistrados ilheenses preferem abrir mão de buscar novos recursos – seja pelas referências científicas, sociais e políticas no conjunto de fatores que envolvem a prática do estupro na sociedade; ou mesmo as referências legais, promovidas em outros tribunais que investem na utilização de outros recursos para investigação – para dispor de um leque de possibilidades para

instrumentalizar sua sentença. Esses magistrados preferem se render a uma disposição classicista, reativa diante dos casos, buscando consolidar um desempenho pragmático, “objetivo” diante das sentenças.

As constatações específicas científicas apresentadas por Rodrigues (2005) nem aparecem impressas nas sentenças. As informações da materialidade são operadas no exame e esse é o instrumento que o juiz, na maior parte das vezes, se utiliza para adjudicar. Contudo, ele não é absolutamente determinante, uma vez que mesmo o exame comprovando o ato, o magistrado lança mão de outros elementos, sobretudo extralegais, para definir sua sentença. Como pode ser observado nessa sentença de absolvição: “[...] a materialidade do fato está objetivada no laudo de fls. 18, cujo exame, realizado em 03 de março de 1982, relata o estado de gestação da vítima [...] [...] a vítima demonstra experiência de vida [...]” (SENTENÇA, 1991).

Nesse trabalho observou-se que o valor maior da comprovação do fato está na palavra do acusado, e quando esse confessa o crime. As constatações dos indícios físicos são arroladas nas sentenças, mas também não são suficientes para determinar a sentença. Os magistrados empreendem um esforço intelectual para operar sobre as determinantes nas intenções dos casos. Ou seja, se a intenção do acusado foi negativa, maléfica (segundo sua interpretação), projetou uma composição de atrocidades que revelaram uma conduta permissiva. Ou se a situação é atenuada por uma não intencionalidade (segundo sua interpretação), banalizando as ocorrências em razão de um argumento ou outro do dispositivo legal. A vítima, mesmo com todos os elementos comprobatórios arrolados, pode encontrar indisposição dos magistrados, em razão de sua conduta, que pode revelar sua intencionalidade no consentimento.

A aplicação do “consentimento” pelos juízes norteia sua decisão. Observa-se, dessa forma, que os elementos subjetivos dirigem a condução das determinantes da sentença e que a objetividade dos magistrados são apreendidas como recurso justificatório de sua prática. A primazia de sua interpretação e sua disposição moral sobre os fatos são determinantes nas sentenças. A objetividade, o legalismo e a formalidade são usados apenas sob a conveniência de sua interpretação. Isso caracteriza a correspondência com a literatura, como quando Vanhamme e Beyens (2007) afirmam que não são os fatos da violência que vinculam necessariamente as penas mais pesadas, mas, sobretudo, os elementos que circundam na especificidade de uma cultura judiciária penal, num contexto organizacional penal e sociopolítico particular. Os magistrados

apreendem uma lógica de ação baseados na sua moral e nessa cultura jurídica para determinar a gravidade.

A gravidade dos fatos também foi observada, conforme a literatura mostrou, no caso de vítima que fora induzida com ingestão de álcool, indução de desmaio, de modo a prover sua incapacidade de oferecer resistência; bem como nos casos de aproximação entre o réu e vítima. A gravidade dos fatos, dessa forma, é estabelecida de diferentes maneiras, como pudemos observar. Então, vale considerar outros aspectos que foram observados no estudo como: presunção da violência, as formas qualificadas do crime, a relação com a vítima, a idade da vítima, as formas de coação.

5.3.2 A presunção da violência

A questão da presunção da violência foi um elemento especial nesse trabalho, uma vez que marca substancialmente essa disposição moral dos magistrados ilheenses, caracterizando a superação da disposição legal da regra jurídica por parte desses juízes. A apropriação dos magistrados na interpretação da gravidade ultrapassa o próprio controle da lei, sobre o qual eles, em tese, deveriam se assentar, tamanha sua propensão moralizadora.

Em razão do número significativo de iniciativas jurídicas promovidas pelos representantes legais de pessoas menores de 14 anos nessa Comarca, a presunção tinha que ser admitida, independente das configurações morais do crime: a “intencionalidade” da vítima, sua “experiência sexual”, seu amancebamento com acusado. Afinal, a regra jurídica é tipificada porque compreende que a violência moral está inscrita nessa prática do crime contra pessoas menores de 14 anos. A norma está revelando essa característica da violência moral e reforça essa condição, posteriormente, a partir de 1990, com a hediondez do crime. E mesmo com essa reformulação legal, as sentenças estudadas afirmam a resistência desse tribunal em admitir a violência moral.

As sentenças na Comarca em Ilhéus apresentaram muitos conflitos nessa parte da presunção da violência, definindo sentenças de absolvição e processos arquivados, sob essa sigma. A percepção da presunção é complexa, tanto quanto o enquadramento

do estupro à norma jurídica. Não se trata apenas de uma hermenêutica jurídico-penal.

Como destacam alguns exemplos:

[...] a) de início a mãe da vítima noticiou o fato perante a autoridade policial em 06 de abril/99 e declarando que o acusado vinha mantendo relacionamento sexual com menor *desde o ano passado* – fls. 05; b) na Polícia (fls. 12), em 13-04-99, a vítima informou que conheceu o acusado em *julho do ano passado*, ou seja, em **julho/98**, e que *após três meses* passou a manter relações com o mesmo, isto é, o primeiro relacionamento sexual teria ocorrido em outubro/98; c) em Juízo, decorridos um ano e cinco meses depois daquele depoimento, a vítima declarou que o primeiro relacionamento sexual com o acusado aconteceu em março de 1998 – fls. 49//. Por sua vez, ao ser interrogado em Juízo (fls. 34), o denunciado informou que o primeiro congresso carnal com a vítima aconteceu em “março ou abril deste ano”, ou seja, em 1999.//. Assim, torna-se difícil julgar a presunção de violência diante dessa plethora de datas desencontradas quanto a época da primeira conjunção carnal [...] [...] fica mais propensa a admissão de ter a conjunção carnal em setembro/98, como a vítima declarou na fase policial, dada a proximidade dessa data com o fato, o que lançaria por terra a presunção da violência [...] [...] indiciado afirmou que faltando duas semanas para P. Completar 14 anos ele teve relação sexual com ela, porém não conseguiu a penetração total do seu membro viril, só conseguindo passados alguns dias, em um domingo – fls. 23. Vale dizer, por presunção, que a conjunção carnal, no sentido legal do termo, vez que, sem haver penetração o crime em apreço não pode subsistir, teria acontecido alguns dias depois daquela tentativa, quando a ofendida contava com 14 anos de idade, ou seja, em setembro/98, como ela declarou.

Esse exemplo é emblemático, pois mostra a dificuldade do juiz em definir a data para caracterizar a presunção ou não; mesmo essa sentença estando definida no ano de 1998, enquadrando-a no rol de crimes hediondos. Os testemunhos não são correspondentes, mas é perceptível também a instrumentalização do acusado diante de seu testemunho junto ao juiz, bem como a tentativa de ajuste por parte do magistrado para caracterizar o crime em setembro/98, quando a vítima completaria 14 anos, o que descaracterizaria a presunção. Na fase inquisitorial, na Polícia, a vítima anunciou o evento em outubro de 1998, diante dos detalhes arrolados e, embora entre em contradição no depoimento em juízo, o ajuste da data realizado pelo magistrado não foi observado em nenhuma declaração arrolada; pareceu, de fato, ajustar ao período em que a vítima completara 14 anos. Por sua vez, o acusado afirma, cuidadosamente, que o ato da penetração não ocorreu porque seu membro viril não alcançou a ereção suficiente para realizar o ato naquele momento, só ocorreu passados alguns dias, quando a ofendida já estava com 14 anos. De fato, ficou clara a instrumentalização do acusado por parte de sua defesa, bem como a tentativa de ajuste por parte do magistrado em enquadrar o crime num período onde a presunção não se consolidaria, revelando seu entendimento do consentimento da vítima. Na sua justificativa legal da sentença, o magistrado apresenta uma citação doutrinária (NORONHA, 1972, p. 219 e 221) pitoresca do conservadorismo legal.

É muito triste realidade da vida, mas uma realidade, a existência de prostitutas ou de meninas corrompidas, menores de 14 anos. Ora, essas menores, meretrizes de porta aberta, deverão ter a seu favor a presunção de “*innocentia consilii*”? Seria ir contra a realidade afirmar-se tal coisa. Para essas desventuradas já não existe mistério algum no ato sexual. Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente pratica? Conhecem-no muito mais que qualquer jovem de 18 anos, praticam-no revelando experiência das personagens das decorações fesceninas das alcovas de Tibério...Sabem das conseqüências todas que ele traz; não ignoram como se livrar do produto da concepção e são peritas em evitá-lo. Em condições tais, poder-se-á falar em “*innocentia concilli*”?

Outras citações textuais de sentença que apresentou conflitos nessa questão da presunção:

[...] à época do delito, a ofendida contava com pouco menos de 14 anos, namorava às ocultas com acusado, e disso seu pai declarou que tinha conhecimento [...] [...] acusado e ofendida consentiram na realização do ato sexual, e a promessa de casamento que teria feita pelo denunciado, segundo E., chegou a ser iniciada [...] [...] assim desfeita a presunção de violência como elemento integrante do delito de estupro (SENTENÇA, 1992).

O caso em questão revela também, em razão dos argumentos morais, a dissolução da presunção. A perspectiva moral intermitente que tem dimensão geracional também encontrou assento nessas sentenças dotando-se de características moralizadoras tão antigas que revelam, mais uma vez, a disposição conservadora desse tribunal.

Outro elemento que caracteriza a presunção da violência aplica-se à vítima alienada. Isso implica na condição da vítima apresentar total incapacidade diante da prática, uma vez que sua condição psíquica é especial. Foi encontrado apenas um¹⁰⁶ processo do universo de sentenças condenatórias, de absolvição e de arquivamento em geral. Uma vez que os processos por prescrição não apresentavam argumentos dos fatos nas sentenças, dada a situação de prescrição. O processo encontrado com vítima alienada apresentou agravante de ter produzido gravidez na vítima e de ser seu agressor

¹⁰⁶ Durante a leitura exploratória de todos os processos, na sua integralidade, não só nas sentenças, apareceu um caso de uma vítima surda. Não se aplica aqui, uma vez que a especialidade da surdez não caracteriza alienação. A doutrina penal entende por alienação pessoa portadora de deficiência mental. Esse processo da vítima surda, que tinha também a condição de mudez, não foi estudado, pois o crime sofreu a extinção de punibilidade por prescrição de tempo, assim como dezenas de processos, como já apresentado aqui. Não significa dizer que a extinção por punibilidade deu-se por esse motivo, reitera-se que esses casos não foram analisados em razão da ausência da sentença com a exposição dos motivos. A questão que se coloca é apenas para mostrar que os tribunais do interior à época, mostraram-se com dificuldade no desenvolvimento do processo, uma vez que não se encontrava um profissional para fazer a leitura dos códigos de linguagem que essa vítima estabelecia, dominava. As pessoas que se comunicavam com ela, tratavam-se de agentes pessoais, da família, que para os tribunais caracterizava interesse na parte. Por sua vez, a vítima não dominava a linguagem de sinais. Isso criou uma situação implicadora para o magistrado. É crível aqui mostrar que uma instituição judiciária, que é criada para promover a garantia dos direitos, em tese, quando não considera as especificidades da realidade, compromete o direito adquirido das pessoas. A falta de instrumentalização e de recursos para dar conta de situações adversas também dimensiona a desigualdade dos tribunais.

pessoa conhecida, um vizinho, favorecendo ainda mais a condição de facilitação do crime. Embora a desqualificação da mesma tenha sido objeto de conflito na exposição do magistrado, o mesmo considerou procedente a ação penal condenatória porque o caso reuniu diversos elementos comprobatórios, bem como, produziu a gravidez, como se expõe na sentença:

[...] desse modo, as declarações da vítima, a confissão do réu e a prova documental estão harmônicas, coesas, atestando na fase policial que o relacionamento sexual que o réu confessou ter tido com a vítima foi a causa da gravidez [...] [...] sem razão, portanto, o réu quando contestou nas suas alegações finais a prova colhida nos autos; até mesmo o fato de o irmão da vítima, M.A.S.S. ser portador de deficiência mental não infirma as suas declarações porquanto elas estão em harmonia com as demais provas. Além de que, deficiência mental nem sempre importa em impossibilidade absoluta de alguém comunicar-se. (SENTENÇA, 1997).

Vale registrar que não foi necessariamente o produto da gravidez que se caracterizou como determinante na sentença, mas o rol de elementos que se cumpriram pela intencionalidade do acusado, segundo o entendimento do juiz. A má fé diante da “enfermidade”, conforme declarou o magistrado na sentença. Isso é emblemático, pois em outros em que o estupro produziu gravidez, não necessariamente asseverou a pena, nem tão pouco condenou, tendo em alguns casos sentença de absolvição, uma vez que se caracterizou o “consentimento” da vítima.

Embora tenha elencado também argumentos morais, nesse particular, no agravamento pela condição da alienação, houve asseveramento da pena, colocando-se o magistrado numa postura mais sensibilizada diante dessa condição da vítima. Acreditando na ideia da má fé do acusado, sendo pessoa conhecida da vítima, e considerando sua capacidade de enganá-la, dispôs o juiz a imputar a pena de 06 anos de reclusão em regime fechado, quando à época a pena máxima caracterizava-se por 08 anos de reclusão. O fato de ser réu primário e não ter antecedentes criminais atenuou a sanção máxima.

As práticas jurídicas dos magistrados revelam então a moralização dos costumes nos quais assentam suas determinantes nos decisórios penais. A disparidade das penas também se aplica, uma vez que os determinantes não se assentam em critérios legais, formais; logo, estabelecendo um desempenho diferenciado na sua aplicação. A desigualdade nos tribunais não se explicita apenas pela disparidade das sanções, mas também na observância de uma suposta superioridade moral na qual os magistrados creditam as suas capacidades. Dessa forma, realizam com tom prepotente seu juízo de

valor sobre os comportamentos dos outros, àqueles que por uma razão legal-formal têm que se submeter a seu crivo.

5.3.3 As formas qualificadas

Essa categoria se caracteriza pela lesão corporal de natureza grave com ou sem morte. Esse escalonamento permite então observar o entendimento dos juristas quanto à dimensão do dano causado à vítima. No estudo das sentenças, apareceram alguns casos que foram considerados de natureza grave; quando cometidos contra crianças menores de 10 anos, ou em caso particular da alienação. Não que esse limite fosse aplicado pelo magistrado, mas em observância dos processos, foi possível perceber essa característica de gravidade dos fatos, em casos de estupro contra criança bem pequena. O que revela também a saída do componente moralizador e a atribuição focalizada da violência do ato. Num caso, particular, em 1987, o magistrado manifestou indignação contra o acusado de um crime contra uma criança menor de 02 anos de idade, aplicando uma pena mínima de 03 anos de reclusão, quando à época a penalização se caracterizava de 03 a 08 anos de reclusão.

A gravidade dos fatos é atribuída, sobretudo, nessa condição de incapacidade total, segundo a leitura do magistrado, do consentimento, da suspeita da vítima e da qualidade do acusado. Dessa forma, ele elimina os componentes moralizadores e observa, segundo a *sentencing*, uma sensibilidade em que a violência está no topo da balança de suas preocupações. Embora a referência teórica sinalize que é a especificidade da cultura judiciária, num contexto organizacional penal e sociopolítico particular, que irá dotar o magistrado de uma sensibilidade, as sentenças desse tribunal do interior não revelaram tão fortemente essa concepção. O legado “sensibilizatório” do magistrado está desassociado do universo institucional, ele caminha numa direção do efeito moralizador observado no fato jurídico, ou melhor, está na sua capacidade de desvincular qualquer elemento que possa compor uma configuração moral do evento.

Segundo Tata (2002), existe uma lógica que observa que aquilo que os juízes dizem fazer não é, necessariamente, aquilo que eles fazem efetivamente. Os argumentos apresentados são compreendidos como produções sociais de legitimação. Dessa forma,

é possível entender, baseado nessa reflexão, que na lógica de ação dos magistrados ilheenses, embora estes afirmem que apresentam uma sensibilidade à violência do ato, à atrocidade atribuída à cena do crime, o que de fato se revela como determinante é o desvelo à condição da ingenuidade, da pureza de determinadas vítimas, aquelas que são consideradas pelos magistrados ainda incapazes de prover qualquer acento erotizador.

5.3.4 A relação entre acusado e vítima

A relação entre acusado e vítima é um atributo importante na gravidade dos fatos, pois, além de se enquadrar como um dispositivo penal incriminatório, é considerado um agravante o fato dessa relação caracterizar-se por relações próximas com a vítima, e mais ainda quando envolve relações íntimas, com pessoas da família.

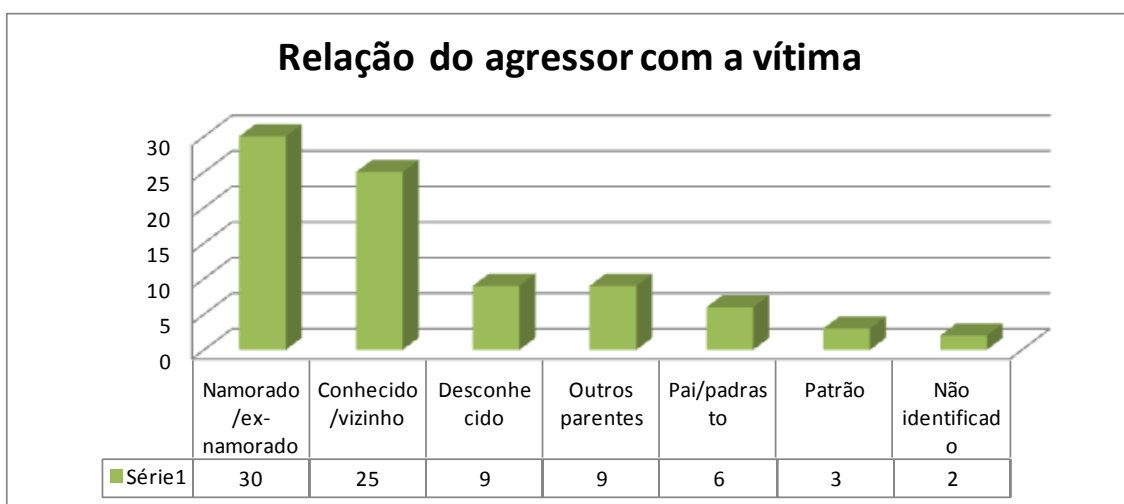
A questão da relação do agressor também começou a ser evocada a partir da reformulação dos estudos da Escola de Chicago, pois as teorias ecológicas fomentaram o trabalho de alguns países europeus no sentido de organizarem instrumentos necessários para consolidar informações sobre o agressor e, conseqüentemente, sobre o próprio crime. O sistema criminal então começa a estabelecer variáveis para substanciar essas informações, de modo a estabelecer estudos comparativos. Nesse sentido, informações sobre o sexo, a idade, a ocupação, os locais de ocorrência do crime¹⁰⁷ e a relação com agressor ganham vulto para analisar o crime, sobretudo para os crimes sexuais, que incidem sobre a particularidade da aproximação da vítima com o agressor, conforme a literatura temática converge.

A relação de proximidade entre o agressor e a vítima de crimes sexuais, notadamente o estupro, é uma das características mais observadas nos estudos sobre o tema. Na Comarca de Ilhéus, com relação a essa proximidade entre agressor e vítima não deixou de ser diferente. Nos processos analisados, cerca de 83% (70) tinham algum tipo de relação de proximidade ou de conhecimento com a vítima antes do evento criminoso (Gráfico 04). A particularidade desse contexto social estudado deu-se em razão do protagonismo da figura do namorado, o ator que aparece com mais frequência

¹⁰⁷ As variáveis atendem a outras composições estatísticas, de diferentes maneiras nos sistemas criminais. Aqui destacamos apenas a relação com o agressor como explicação desse processo de apropriação desse dado não só pelos tribunais, mas pela comunidade acadêmica, em seus estudos científicos na análise sobre o crime.

nos processos como autor do ato agressivo. Os pais e os padrastos são citados na literatura como agressores frequentes, mas nos processos investigados na Comarca de Ilhéus, eles não aparecem como agressores privilegiados em termos de frequência, sendo responsáveis por apenas 7,14% do total de casos de estupro. É bom lembrar que isso não significa que esse tipo de crime não ocorra na região, pelo contrário, as representações coletivas¹⁰⁸ revelam muitos casos, de forma até corriqueira. Contudo, é preciso reconhecer que esse dado trata, especificamente, dos casos que produziram iniciativa jurídica, dando entrada no sistema judicial, seja por ação penal pública ou privada.

Gráfico 4



5.3.4.1 Incesto

A curiosidade por essa posição secundária em que pais e padrastos aparecem como agressores, mereceu uma investigação mais apurada. Uma das razões pode ser pelas características próprias do familismo, prática fortemente presente na região, principalmente nos anos 1970 e 1980, segundo o qual as questões envolvendo membros de uma família, mesmo quando se tratavam de eventos criminais, eram resolvidas sem a intervenção de organismos públicos ou da justiça, especificamente.

¹⁰⁸ Não foi realizado um estudo sobre representações sociais na cidade. Contudo, a pesquisadora realizou um trabalho no mestrado sobre essas representações na cidade de Salvador, confirmando essas ocorrências. Em razão de seu estabelecimento na cidade, enquanto residente durante 05 anos, acompanhou de perto comentários na região sobre essas ocorrências. O que inclusive denotou surpresa nessa pesquisa o não protagonismo de pais e padrastos como principais agressores.

A questão do pátrio poder é outro elemento a ser considerado para a compreensão da baixa frequência de denúncia de casos de estupro envolvendo pais e padrastos. A dependência econômica e moral dos membros de uma família com o pai/padrasto favorece decisivamente a opção dos outros membros, principalmente a mãe, em não formalizar denúncias, mesmo quando era notório o conhecimento da existência do fato.

Em razão do objeto desse estudo voltar-se para grupos sociais específicos e reconhecendo a fragilidade da literatura, em razão desses domínios diferenciados, os ajustes estão sendo buscados. Nesse sentido, a questão da aproximação do agressor com a vítima, no ambiente doméstico, incide sobre novas categorizações, como a violência intrafamiliar e incesto. Essas categorizações incidem diretamente na relação entre a vítima e os autores do estupro, caracterizada pela ascendência jurídica desses atores.

Considerando os limites dessa analogia, segundo Hite (1995), a violência sexual intrafamiliar é considerada um tipo de prisão política, muito semelhante aos sistemas políticos totalitários. Normalmente, essa experiência vivenciada no interior da família não é “visualizada” pelos envolvidos, podendo até desculpar e negar ou considerar legítima, num determinismo acentuado de domínio dos corpos das crianças e adolescentes. Esse controle está na estrutura de um sistema social patriarcal do sistema familiar de negação do contato físico, de resistências ostensivas à afetividade entre seus membros. Esse comportamento reflete a necessidade de controle pela sociedade, na medida em que as relações entre as pessoas se tornam rígidas e autoritárias, mantendo uma hierarquia nas relações de poder na família.

Na literatura recorrente sobre o tema, Finklhor (1984 *apud* AMAZARRAY; KOLLER, 1998), Gabel (1997), Amazarray e Koller (1998) e Guerra (2001), bem como as representações coletivas, em determinados contextos sociais, como foi observado onde essa pesquisa se aplicou, já se observa como essa experiência vivenciada no interior da família é negligenciada ou, como a autora coloca, “não é enxergada” pelos envolvidos. Aceitam o “fato” com certa resignação, podendo até justificá-la, compreendendo e encobrindo o evento. Essa dinâmica construída e retroalimentada pelo sistema familiar autoritário se assemelha aos regimes totalitários (HITE, 1995). Acredita-se, contudo, que essa analogia seja um pouco forçosa, pois o universo de categorização analítica de um sistema político tem especificidades da sua conjuntura política e pública, bem diferentes do espaço doméstico e privado. Vale pela tentativa de

potencializar o quanto é comprometedora a relação familiar marcada pela hierarquização acentuada de poderes.

Essa percepção carrega uma implicação política porque o indivíduo é formado sob a égide de um processo de socialização marcado pela obediência e passividade, desfavorecendo o processo de democratização das relações intrafamiliares, ou seja, uma relação marcada pelo respeito de seus corpos e de suas diferenças. Ainda segundo a autora, categorias como respeito e tolerância são efetivamente difíceis de serem vivenciadas nas relações hierárquicas das famílias tradicionais. Embora a crescente precarização das relações de trabalho e a deteriorização da renda familiar tenham implicado numa mudança das relações hierárquicas da família (MONTALLI, 2000, p. 55), não se romperam definitivamente os limites de atuação da família nas suas relações de poder.

A dinâmica do incesto tem uma vasta discussão teórica, que consubstancia os tribunais na configuração das práticas do delito. Os textos legais consideram essas práticas quando admitem um tipo penal específico para esse tipo de agressor. A severidade das penas para esses perpetradores do estupro traduz o agravamento dos fatos e a percepção da atrocidade do crime, quando acometido por agressores ligados afetivamente à vítima. A citação é elucidativa nesse sentido:

[...] Se um pai é bastante degradado para atender ele próprio contra a virtude de sua filha, comete ao mesmo tempo uma imoralidade revoltante e um ato digno de punição salutar, pois é muito possível supor que o abuso de autoridade e o estado de dependência colaboraram com suas más intenções (VIGARELLO, 1998, p. 138).

A relação incestuosa não se caracteriza com muito consenso, na literatura recorrente. Segundo Santos (1991), o incesto representa uma subcategoria de abuso sexual, inapropriadamente colocada quando a relação existente é familiar. O autor destaca que o incesto é realizado por qualquer indivíduo com, ao menos, 05 anos de diferença significativa de idade, que tenha um longo período de convivência com a criança, dotado de responsabilidade pela mesma e, por isso, exercendo algum tipo de poder. Alguns restringem os casos que envolvem coito com uma pessoa legalmente responsável pela criança, e outros incluem ambas as situações, com ou sem coito, desde que a relação se estabeleça com um membro, efetivamente, da família.

A literatura apresenta duas classificações usuais: incesto ordinário, o mais frequente, da relação pai-filha; e incesto extraordinário, caracterizado pela relação mãe-

filho. Ainda se apresentam outras subdivisões como para-incestos, estabelecidos nas relações entre pessoas consideradas parentais, por exemplo: padrasto-enteada; filhos de pais diferentes, que moram juntos, em razão dos rearranjos matrimoniais. Os polimorfos verificam-se na legitimidade da relação entre a vítima e o agressor, mediante sua submissão ao exercício do cargo, médico-paciente, por exemplo (COHEN, 1993).

Para efeito das interpretações legais, o incesto é um tipo de abuso sexual cometido por descendentes do mesmo sangue ou por um membro legal¹⁰⁹. Há controvérsias nesse contexto, alguns autores trabalham com a idéia do incesto a partir do fenômeno da consanguinidade e outros alegam que a questão central é a confiança que essa criança deposita na pessoa que tem responsabilidade sobre ela. Nesse trabalho, a opção teórica se debruça sobre o elemento confiança, pois as consequências são tão desestruturantes quanto a realizada por um ente dotado de consanguinidade. A nova organização da família incide em novas reformulações das relações afetivas que não se estabelecem pela consanguinidade. Em seu sentido antropológico, o incesto é tratado como a proibição em todas as sociedades de determinadas relações sexuais entre pessoas que tenham determinado grau de parentesco (LEVI-STRAUSS, 1982). O debate se coloca aqui, pois é comum, no universo jurídico, essas colocações estarem vinculadas com categorias aproximadas, como estupro incestuoso.

Contudo, a literatura também destaca que o incesto tem uma ligação com a psicologia, de modo que, além da lógica cultural e jurídica, evoca a lógica psicológica. Para as vítimas, isso implica no dimensionamento de seu dano; para o agressor, pode implicar em agravantes.

5.3.4.2 Namorado

Os namorados são aqueles citados como principais agressores nos processos. A frequência de denúncias contra eles pode ser compreendida, principalmente nos anos de 1970 e 1980, pela moralização dos costumes, no sentido da família buscar pelas vias jurídicas a reparação do dano. Em vários processos, o principal objetivo era que a justiça condenasse o agressor a constituir família com a vítima. Essa afirmação se revela

¹⁰⁹ Assim como o abuso sexual, não é considerado um tipo penal que diga que é crime e tenha definição de pena. Sua configuração criminal se constitui dentro do *estupro* ou do *atentado violento ao pudor*, e há uma agravante da pena.

de forma correspondente ao observar que a entrada de maior número de iniciativas jurídicas nesse período deu-se em razão da tentativa de acordo, buscando uma compensação do dano pelo casamento, uma vez que a escolha da negociação pessoal não alcançou êxito. Como já foi explicado anteriormente, o contexto social da região favorecia uma moralização, em razão do valor da moral das mulheres estar assentado na virgindade. Nesse sentido, a busca pela justiça para garantir a honra das vítimas gerou muitos processos arquivados, em razão do casamento entre vítima e acusado. O interessante é que esse dado também corresponde à inferência colocada nesse trabalho sobre a não focalização da ofensa pela violência do ato, mas, sobretudo, pela moral da vítima, verificando-se um empenho dos magistrados para preservá-la, se assim ele entender que merece essa afeição. Dos processos arrolados contra namorados da vítima apenas 02 sentenças caracterizaram condenações. Para destacar alguns casos de sentenças nesse viés da gravidade, citamos:

[...] apesar do seu **estado de embriaguez causado pelo réu**, a vítima ainda assim **tentou resistir ao ato**, devido sua condição física inferior à do réu, e do seu estado psíquico ocasionado pela bebedeira, não pode oferecer resistência eficaz ao assédio sexual do acusado, terminando por sucumbir aos seus desejos carniais. É de bom alvitre lembrar/sempr **o que disse o réu na Polícia**: “...que no momento da transa sexual R. C. Tentou se escusar e ainda quis pegar no pênis do interrogado, tendo este a segurado pelos braços, colocando-os para trás, por sobre a cabeça, ocasião em que R. Não mais resistiu, deixando que o interrogado a usasse sexualmente, o que de fato a usou, durante sete minutos” fls. 15 [...] (SENTENÇA, 1981).

O interessante nesse caso revela que a gravidade está assentada no fato do acusado ter embriagado a vítima para realizar o fato. Também corroborou na definição da sentença a constatação da tentativa de resistência da vítima, mesmo alcoolizada e sendo íntima do acusado; além da confirmação dos fatos pelo próprio acusado. Diante desses elementos, o juiz empreendeu a condenação, em regime **aberto**.

Outro caso sobre a sigma do casamento com sentença condenatória, de uma pessoa menor de 14 anos, revela-se:

[...] que foi morar com o acusado levada pelo próprio, e durante um mês conviveram sob o mesmo teto e tiveram relações sexuais por 04 vezes; que tal convivência chegou ao fim porque o réu tentou manter relações anal, nao permitida por ela; que devido à situação econômica de sua família, e também porque o seu padrasto a maltrava, ela foi morar com o acusado porque este prometeu-lhe dar tudo que sua família nao podia lhe oferecer; que não é verdade que sua genitora permitiu que ela fosse morar com o réu, e foi este mesmo que veio buscá-la aqui em Ilhéus, para levá-la ao distrito de Serra Grande a uma Fazenda do irmão dele, a que o acusado dissera falsamente ser de sua propriedade [...] [...] que foi o réu quem a desvirginou, e antes dele nunca teve

namorado – fls. 32-32 [...] as testemunhas teceram considerações acerca do comportamento sexual da vítima, anterior à sua convivência com o réu resumindo-se na perda da virgindade. Apesar de não ser este o bem tutelado pela lei, como visto, ainda assim os depoimentos das testemunhas de defesa são contrariadas pelas declarações da vítima, corroboradas estas pelos depoimentos das testemunhas da denúncia e pelo laudo pericial. M. declarou que não teve nenhum namorado antes de ir morar com o réu e foi este o autor de seu desvirginamento [...] [...] o laudo de fls. 18, referente ao exame realizado na vítima em 09-05-1992, responde que houve conjunção carnal com perda de virgindade que o hímen se apresenta com ruptura cicatrizada em 09 horas, ou seja, a cicatrização do hímen foi recente. Durante quase 30 dias houve convivência do sentenciado com a vítima, espaço de tempo em que se relacionaram sexualmente por 04 vezes, isso em maio/92, época contemporânea à do exame, explicando-se, assim, a perda da virgindade e recente cicatrização do hímen no mesmo período. Todas as provas constatadas, assim, que o denunciado cometeu o estupro, resultando deste a perda da virgindade da vítima [...] (SENTENÇA, 1992).

Esse caso também é significativo na análise, uma vez que, embora o magistrado busque uma referência jurídica mais progressista, apontando que o bem jurídico a ser preservado não é a virgindade, sua contradição é marcada pelo seu posicionamento diante da tomada de decisão, apontado o dano do desvirginamento. A gravidade deu-se, sobretudo, em razão de a vítima ser de “condição econômica inferior” e da confirmação precisa do laudo pericial da ofensa.

5.3.4.3 Conhecido

As sentenças estudadas mostraram também um número significativo de casos de relação entre a vítima e pessoas conhecidas (caracterizadas aqui como vizinho, conhecido da família, patrão). Esse universo correspondeu à frequência de doze casos, sendo quatro casos de sentença condenatórias, incluindo casos de acusação de vizinhos e conhecidos da família.

Isso não quer dizer que outras vítimas de estupro no ambiente doméstico também não tenham um dimensionamento bem maior, uma vez que não se considera apenas as vítimas crianças e adolescentes, com relação de parentesco direto ou indireto, mas a utilização privada de domésticas, sobretudo, em contextos sociais em que essa realidade é muito comum, como nos meios rurais, inclusive para pessoas menores. Segundo Vigarello (op. cit.), o privilégio social uniformiza o tratamento das violências, impondo certa tolerância.

A indignação social do estupro é seletiva, e seu alcance se dirige para determinados grupos sociais. O estupro dentro do casamento também tem destaque, sobretudo, pela resistência dos tribunais. Nem sempre foi possível ser julgado. Em

ilhéus, os processos em que o acusado era o patrão sofreram extinção de punibilidade por prescrição de tempo, logo não foram objeto de análise. Contudo, houve um processo emblemático, caracterizando o evento entre o exercício do trabalho na roça de cacau entre funcionários, em que os colegas incitaram o acusado a levar a vítima para o “mato”. Como se vê:

[...] ainda no decorrer do inquérito policial, o então indiciado C. Confessou a autoria do crime alegando que, diante das provocações da vítima e da gozação dos colegas de trabalho, levou I. para dentro do mato e teve com ela relação sexual; disse mais, que a vítima não teve sangramento, acreditando ele que a mesma era já desvirginada. [...] [...] o fato antecedente quando seduziu outra moça (fls. 13) bem revela a personalidade do réu para prática de delitos dessa espécie. [...] [...] o crime ficou **qualificado** pela circunstância do réu ser casado. No seu interrogatório declarou que se casaria com I. O. B., a vítima, se já não fosse casado civilmente com E. (fls. 27). Diante, portanto, da impossibilidade do réu **reparar o dano causado**, e em face de violação dos deveres matrimoniais, é que a lei determina o **agravamento da pena** [...] (SENTENÇA, 1980).

Essa sentença coloca a condição do estado civil do acusado como um agravante, porque novamente revela-se a focalização no gesto moral mais que o gesto violento que se procura nos tribunais. Não se observou correspondência entre as sentenças condenatórias e o estado civil dos acusados, uma vez que em quase 95% dos casos os mesmos eram solteiros. Contudo, esse dado apareceu especificamente nessa sentença e foi afirmado como elemento de agravamento pelo magistrado. Como as sentenças na Comarca de Ilhéus foram impetradas por um mesmo juiz durante 34 anos, observa-se que essa é a leitura do magistrado, implicando em ocorrência dessa situação: acusado casado prometendo casamento à vítima inviabiliza a reparação do dano; logo, empreende uma disposição do magistrado a penalizar pelo viés moralizador.

Na Comarca de Ilhéus não apareceu nenhum processo imputado por esposa ofendida, sendo obrigada a manter relações sexuais com o marido. Vale lembrar novamente que essa situação não anula as possibilidades de ocorrência de ofensas; significa apenas que elas não chegaram aos tribunais.

A partir das novas dimensões do crime sexual e suas práticas, o sadismo e a pedofilia ganham destaque nas dinâmicas das configurações sociais. O sadismo, particularmente, abre o campo de possibilidades para a compreensão de que qualquer pessoa pode ser um agressor em potencial. A nova receptividade do gozo e do prazer, enquanto direito, se libertam das amarras moralistas e, segundo Vigarello (1998), podem atender as explicações possíveis dos atos imorais, como a busca de atos recusados pelas esposas. Também atos de estupro acometidos em contextos de trote de

calouros, em festas, começam a desenhar outros agressores próximos, como vizinhos, colegas, “conhecidos” dotados de certa confiança por parte das vítimas.

Essa nova composição das práticas, incorporando novos atores na dinâmica do estupro também encontra assento nas teorias sociocriminológicas, como o modelo da eficácia coletiva (SAMPSON et al, 1997). Essa teoria, que tem raízes na teoria da desorganização social (SHAW; MCKAY, 1942), incorpora avanços buscando explicar as diferentes taxas de crimes entre os contextos das vizinhanças nas cidades. Os fatores criminológicos estariam dispostos nas redes de amizade, tempo de residência, relações informais entre o agressor a vítima. Essa teoria tenta buscar a coesão social nas interações desses grupos, como fator preponderante na dinamização do crime.

Embora a literatura trate dessas reformulações nas práticas do estupro, nos processos aplicados a este estudo não se encontrou nenhum caso com essas características. Apenas trataram de vizinhos e amigos da família, que, de fato, permite inferir o conceito de desorganização social estabelecida pela literatura sociocriminológica. Os casos se caracterizaram por redes de amizade, de forte coesão social, com base da confiança.

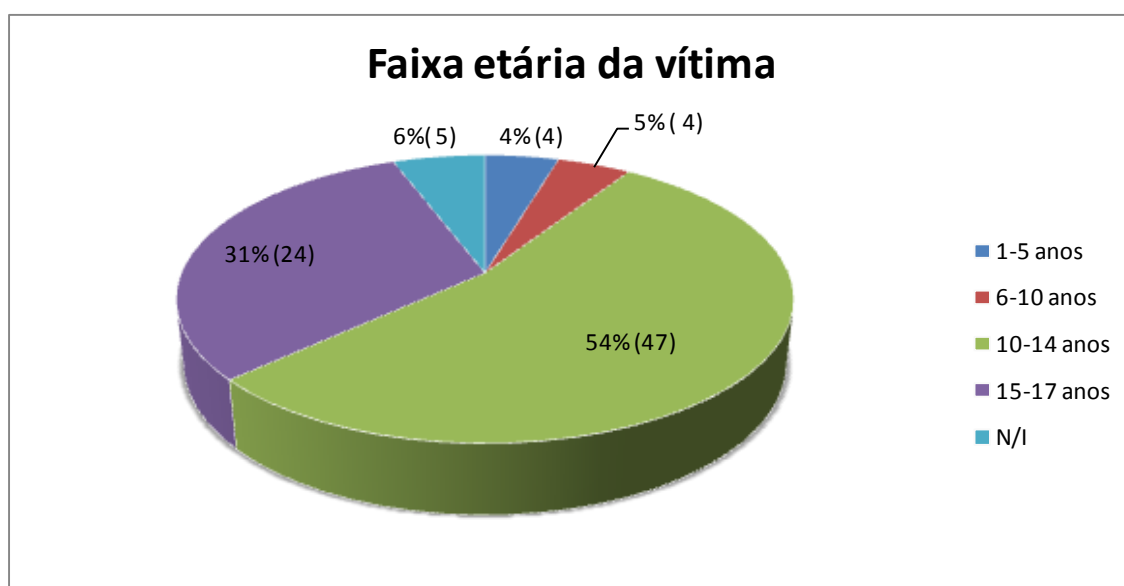
5.3.5 A idade da vítima

A gravidade dos fatos com relação à idade das vítimas também é significativa na tomada de decisão do magistrado, porque esse elemento diz respeito à norma incriminadora que atribui a presunção da violência. Como essa parte já foi discutida anteriormente, nesse item estabelece-se apenas a frequência da faixa etária nos processos estudados.

Em relação à faixa etária das vítimas, a maioria dos casos denunciados envolvem crianças e adolescentes com idade entre 10 a 14 anos, enquanto a faixa de 15 a 17 anos concentra o segundo maior número de casos. As crianças de menor idade, nas idades compreendidas entre o primeiro e o décimo ano de vida representam apenas 9% do total de casos. Um estudo (PIMENTA et al, 1998) que analisou processos judiciais e acordãos de estupro em cinco regiões do Brasil, a partir da perspectiva sociojurídica de gênero, também apontou essas faixas etárias (10 a 13; 14 a 17 anos) como as faixas

etárias mais cometida pelo estupro. A presente pesquisa não apontou uma justificativa. Contudo, nesse trabalho, arrisca-se afirmar que a presença de maior número de casos entre as idades compreendidas nas faixas etárias maiores parece corroborar o fato de que os crimes mais denunciados buscam uma reparação moral e do dano. Essa afirmação advém das correlações entre os argumentos arrolados no processo, bem como o dado do protagonismo do namorado como acusado nas sentenças estudadas.

Gráfico 5

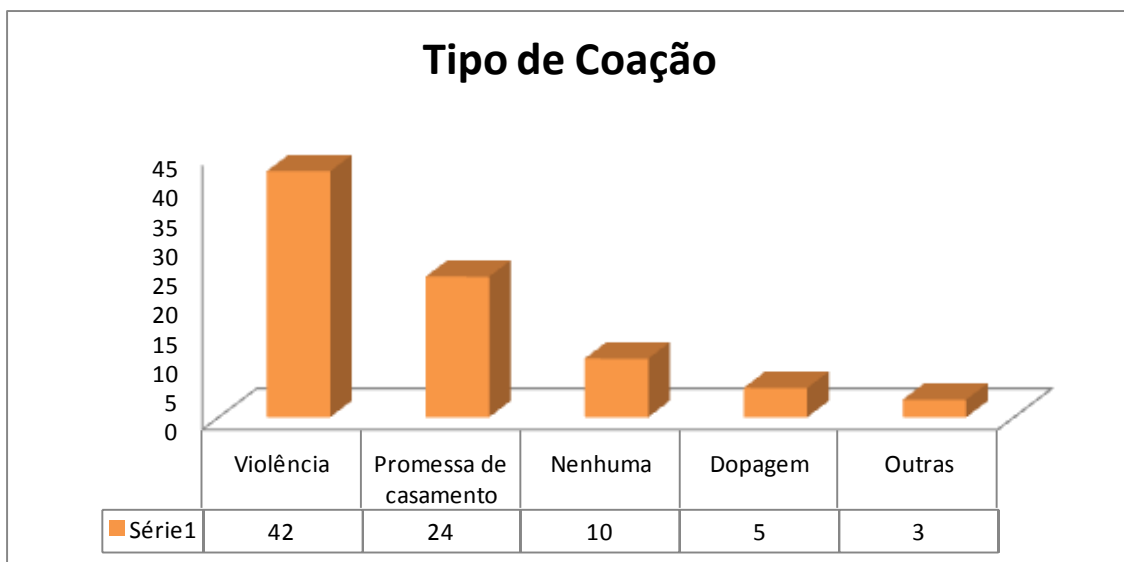


5.3.6 Formas de coação

As formas de coação revelam o desempenho do comportamento delituoso, aplicadas às configurações do ato criminoso. Esse item busca retratar a gravidade a partir dos fatores que inibem ou tornam ainda menor a capacidade de reação da vítima. A análise dos processos verificou que os tipos de coação descritos como aqueles tipos utilizados pelo agressor para constranger a vítima variaram, mas o uso de violência (agressão física, ameaça, utilização de arma de fogo, utilização de material perfuro-cortante e amordaçamento) representou 50% dos casos. A promessa de casamento foi um recurso de coação utilizado em 28% dos casos (Gráfico 06). Outros recursos de intimidação e abuso foram utilizados pelos agressores em menor proporção (9,5%),

como indução à embriaguez e dopagem com substâncias, cujos usos em determinadas quantidades provocam tais efeitos, impossibilitando a reação da vítima.

Gráfico 6



A sentença condenatória impetrada com arma de fogo foi observada por um caso de roubo, seguido de estupro. A grande maioria dessa categoria “violência”, apresentada no Gráfico 06, se caracteriza por coações do tipo agressão física, tomando a vítima “com força”. Esse dado corresponde às outras variáveis que afirmam ser o namorado e pessoas conhecidas os principais agressores; logo, dispensando os instrumentos de coação mais sofisticados.

Um caso de uma sentença estudada que mereceu atenção da pesquisadora foi uma sentença que se definiu pelo arquivamento geral do processo a pedido do Ministério Público, que foi deferido pela autoridade judiciária. Nesse caso, a vítima era cunhada do acusado que, na oportunidade de sua presença na casa da irmã, a estuprou, produzindo gravidez. Em razão dessa situação, a mesma foi mantida em cárcere privado na casa de sua irmã, sob anuência dessa, durante todo o período gestacional, e quando a mesma deu à luz, o cunhado e a irmã entregaram seu filho para uma parente do acusado, sem o seu consentimento. O entendimento da Promotoria é que não houve comprovação da materialidade delitiva de nenhum dos danos narrados, uma vez que não se configurou a prova da violência ou da grave ameaça, o que não se conseguiu no caso em apreço. A sucessão de crimes parece ter sido interrompida pela suspeita da vítima diante de sua

conduta moral, de amancebamento com o cunhado. O que torna mais uma vez a violência moral distante dos tribunais ilheenses.

A *sentencing* considera a questão dos valores como um elemento determinante na avaliação da gravidade dos fatos, na sua qualificação, sem considerar, entretanto, a linearidade dos fatos, mas a gravidade moral e social do “homem que cometeu o fato”. A focalização da figura do acusado na *sentencing* não permite que ela observe que esse desempenho da qualificação da gravidade também se assente por um dado significativo na tomada de decisão do magistrado. As sentenças de Ilhéus revelaram a necessidade de dotar a vítima dessa avaliação; por isso, mereceu nossa análise também. Assim, foi composto um universo maior de elementos para compreender a atividade adjudicativa dessa autoridade judiciária.

5.4 O critério extralegal – as características do acusado e da vítima

5.4.1 Acusado

As determinantes das decisões a partir do aspecto dos critérios extralegais têm uma centralidade considerável na literatura sobre estudos de crimes. Essa explicação pode ser justificada em razão da operação mais facilmente recolhida do material, uma vez que esses dados configuram uma inferência de estudos quantitativos. A entrada no “sistema judicial” para uma pesquisa qualitativa exige um empreendimento maior, mais custoso para o pesquisador dada a resistência dos próprios tribunais em se abrirem para outros campos disciplinares, “avaliando seus ofícios”. Também é possível considerar o suporte que a literatura oferece para analisar esses dados, com suas mais diferentes possibilidades de cruzamentos. O caminho sociológico para uma análise do crime orienta a construção de temáticas muito afeitas ao domínio disciplinar da Sociologia e Antropologia, no campo das Ciências Sociais. Questões como as relações étnicas, o gênero, a posição social e o passado criminal do criminoso revelam verdadeiras inquietações investigativas operando certo volume de pesquisas a esse respeito.

A literatura (ROBERT, 2007) apontou para uma direção dentro do dispositivo jurídico de penalização os protagonistas que servem à penalização, bem como os que tentam evitá-la. Os acusados entrariam nesse protagonismo de evitar uma penalização, criando uma invisibilidade no seu entorno, recorrendo a estratégias para resistir a

criminalização: ameaça às vítimas ou dissuasão dos agentes penais. Curiosamente essa invisibilidade dos acusados não foi promovida pelos indiciados, pelo contrário, foi estabelecida pelos próprios magistrados. Essa afirmação é constatada na análise das sentenças, que revelaram um alto grau de confissão do crime pelos acusados. Numa perspectiva panorâmica das sentenças condenatórias e de absolvição, das 09 sentenças condenatórias, 07 acusados confessaram e apenas 02 sentenças os indiciados não confessaram, um alegando vingança e outro alegando falta de provas. Das 13 sentenças de absolvição, 09 confessaram o crime e apenas 01 negou; onde um acusado era o próprio pai, aplicando o aviltamento de sua filha, uma vez que a mesma saía com outras pessoas e outro. As outras três sentenças, um acusado era portador de doença mental¹¹⁰, uma sentença não apresentou essa informação e outra o réu foi citado e nunca compareceu, tendo o juiz absolvido à revelia.

O mecanismo de invisibilidade aplicado pela defesa ou pelo próprio acusado é comum nas práticas dos tribunais. Normalmente o indiciado se cerca de estratégias argumentativas para negar o fato cometido. Contudo, nas sentenças analisadas, se observou a confissão não se caracterizou por uma determinante dos decisórios, uma vez que as sentenças de absolvição também apresentaram esse dispositivo pelos réus. Dessa forma, a invisibilidade dos acusados foi construída pelos magistrados arrolando os argumentos da não aplicabilidade da norma incriminadora para esses acusados, o que definiu suas sentenças. Mesmo confessando o crime, os magistrados se basearam em outros elementos, sobretudo, na qualidade da vítima e na não presunção do fato, confirmando a afirmação de que em casos de menores de 10 anos os magistrados eram mais severos na aplicação da norma. Na ocorrência da faixa etária de 11 a 17 anos existia o elemento da suspeita e aviltamento das vítimas, sobretudo, em razão de muitos casos se aplicarem para acusados namorados. A questão da presunção era importante porque se observou um esforço tanto por parte dos acusados, como por parte dos magistrados em retirar esses elementos agravantes. Na verdade, os acusados argumentavam, confessando que cometeram o ato porque achavam que a vítima era maior. Esse “maior” era maior de 14 anos, em alguns casos.

Outra questão importante nessa análise da figura do acusado foram suas características simplórias, pouco afeitas as regras da normativa jurídica, o que dinamizava suas confissões, tanto na fase inquisitorial, quanto em juízo. Um ou outro se

¹¹⁰ Foi considerado absolvido porque é inimputável.

mostraram contraditórios, apresentando argumentos diferenciados na fase de juízo, mostrando que foram instrumentalizados pela defesa. Apenas um caso em que o acusado se caracterizava por um policial militar, conhecedor das “regras em jogo”, mostrou-se extremamente hábil durante o processo. Mas no geral, essa foi uma característica dos acusados que foi de encontro à literatura (ROBERT, 2007). De certa forma, as características das condições socioeconômicas (pouco instruídas, pobres) dos acusados revelaram um facilitador para os magistrados, na medida que não exigiu muito esforços para compor um engendramento analítico sofisticado de investigação. Em parte, a confissão por si, resolvia os litígios. O esforço dos magistrados se dirigia a fazer os ajustes de aplicação da regra jurídica para absolver, em razão da sua percepção da intencionalidade da vítima durante o evento, bem como sua moralização.

Embora esse trabalho mostre-se um pouco inquietado com a focalização do acusado, a teoria justifica essa convergência, uma vez que sua principal questão está definida pela disparidade das penas, as quais se aplicam para o agressor, no processo de individualização das penas. A *sentencing* tem precedentemente acompanhado o direito penal para compreender esse processo de aplicação das penas pelos magistrados, o que caracteriza a disparidade das penas. Dentro de sua análise, a *sentencing* entende que esse seja o caminho que pode conduzir à compreensão da desigualdade dos tribunais. Não adianta emprendermos um esforço de questionamento quase ideológico pela justiça social reclamando o direito na sua acepção iluminista de um estado de Direito assentado na liberdade e na igualdade. Essa substância formal já nos revelou que ela é frágil, inconsistente. O esforço de nossa análise agora tem que seguir o caminho de um engendramento mais próximo da realidade, incorporando-se às redes e lógicas racionais que circundam esse universo de idiocrassincrasias formais.

Os critérios legais são reveladores na dinâmica operativa da aplicação da norma jurídica, como podemos observar. Os critérios extraleais da *sentencing* buscam a focalização das diferentes características do acusado. Antes, contudo, de apresentar as características dos acusados de estupro da Comarca de Ilhéus, vale registrar que outros autores (SOUZA SANTOS, 1996) também apontam nessa direção dos critérios legais e extraleais. Os critérios legais seriam caracterizados por variáveis formais-legais no desempenho do fluxo da justiça criminal: origem da queixa, tipo de exame solicitado, relatório do inquérito policial, composição das testemunhas, prisão flagrante, tipos de

coibição etc. Já os critérios extralegais, para esse autor, corresponderiam ao arbítrio sobre variáveis discriminativas sociais – raça/cor, classe social etc.

As categorias destacadas aqui para analisar o acusado foram contempladas pela leitura da *sentencing* reafirmando a disposição desse estudo em convergir a abordagem qualitativa e a abordagem quantitativa das duas configurações teóricas da *sentencing*: tradicional e sociológica. Ademais, a caracterização do acusado oferece inferências significativas nas determinantes dos decisórios, uma vez que os componentes morais e discriminatórios invadem as lógicas racionalizadoras dos magistrados e da instituição judiciária, sobretudo num contexto de Estado de prevenção, onde é preciso reconhecer o “inimigo”. Dessa forma, o acusado é projetado pelas características de seu passado judiciário, seu gênero, sua posição social e sua origem étnica. A categoria de gênero nem será palco de discussão aqui, uma vez que é notória a condição do agente ativo do crime ser homem, por se tratar de estupro.

5.4.1.1 Antecedentes criminais

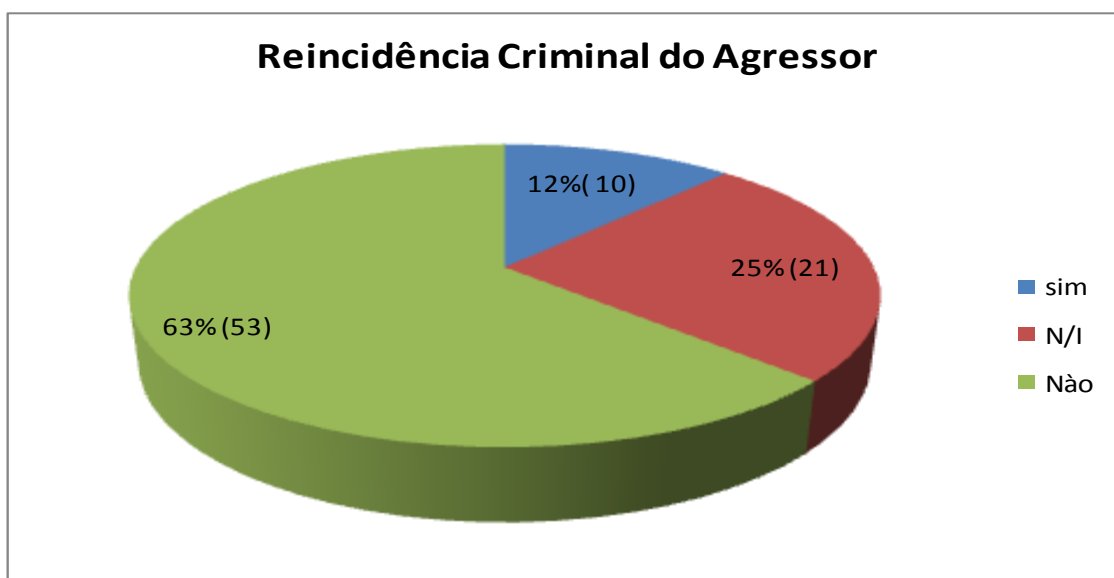
A questão do passado judiciário tem uma importância fundamental na tomada de decisão do juiz. É um fator legal que é levado em consideração pelos magistrados como uma característica pessoal significativa do acusado (VANHAMME; BEYENS, 2007).

A reincidência criminal, contudo, nas sentenças estudadas em Ilhéus não é uma característica marcante entre os agressores. Em apenas 10 casos, o acusado tinha antecedentes criminais. A acepção arrolada pela *sentencing* nesse contexto, particularmente, não ofereceu tantos elementos do contexto da cidade. Não é que nessa Comarca os magistrados se revelem indulgentes com os reincidentes. Na verdade, o estupro é um crime que tem configurações muito próprias, os agressores convivem com a vítima dentro de uma rede de relacionamento, contudo, os acusados não se caracterizam muito por uma carreira criminal. Embora possam ser verdadeiros reincidentes na prática do estupro ou do abuso sexual, uma vez que as iniciativas jurídicas não chegam aos tribunais, sua reincidência também não se estabelece. É que,

de fato, o magistrado precisa servir-se de outros elementos, senão esse, pois os agressores não apresentam essa característica, muitas das vezes.

O dado revelado por Proulx et all (2005) que aponta para o fato de o agressor sexual ser recrutado no grupo de criminosos mais frequentemente do que entre indivíduos sem passado criminal não se aplica diretamente para a realidade de Ilhéus, uma vez que os dados quantitativos mostram um número relativamente baixo de reincidentes. Mas a análise qualitativa mostra o contrário, nas sentenças em que o acusado tinha reincidência, de fato, ele sofre uma cobrança maior dos tribunais. Essa característica induziu os magistrados a uma apreciação negativa (BEYENS, 2000), indicando uma “personalidade do réu para o delito”. Esse exemplo já foi destacado nesse estudo. Entretanto, outra leitura possível do dado pode ser feita a partir da variável reparação do dano, favorecida pela realização dos acordos judiciais, caracterizando a institucionalização dos meios alternativos de resolução de litígios (SOUZA SANTOS, 1996). Como a maioria das queixas e denúncias visava à reparação do dano moral, os processos que chegavam às varas visavam o casamento da vítima com o agressor e não a condenação à prisão dos mesmos.

Gráfico 7



5.4.1.2 Posição Social

Vanhamme e Beyens (2007) mostram, com certa reserva, que na literatura da *sentencing* algumas pesquisas estabeleceram uma relação entre as probabilidades de encarceramento e desempregados. Ela critica essa aversão macrosociológica fazendo uma opção mais individualizada. O risco de se jogar na armadilha metodológica é grande.

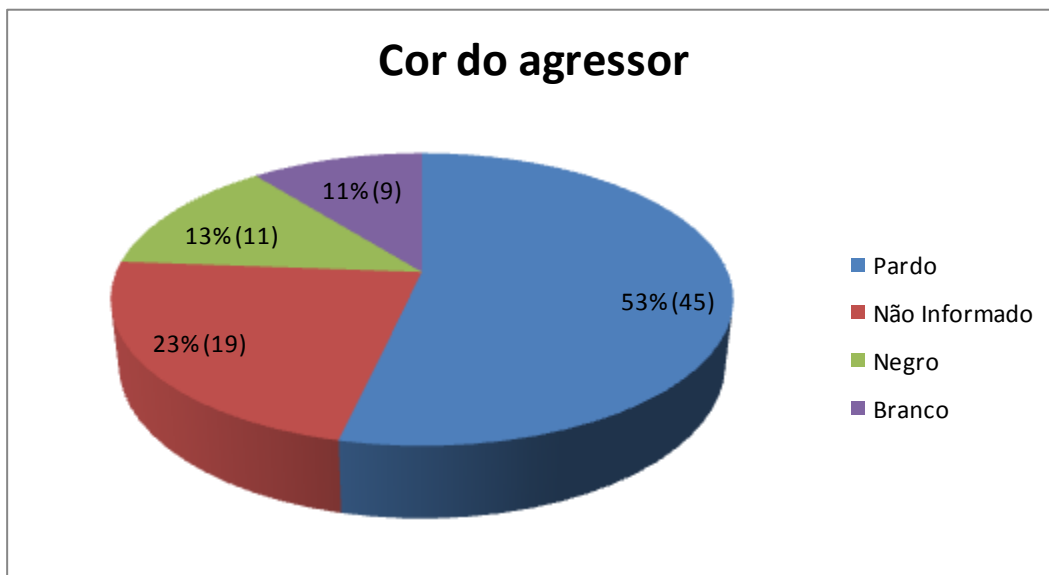
Um dado significativo mostrado pelas autoras são os conceitos de justiça de classe e justiça prognóstica. Essa justiça prognóstica é tema nas teorias sociocriminológicas quando começam a considerar o comportamento delinquente futuro dos acusados. Esses acusados sofrem a sujeição criminal em razão das características secundárias de classe. O que está em jogo é o custo social da pena. O acusado, tendo um trabalho, sofre uma discriminação positiva, conforme foi possível observar nas sentenças de Ilhéus. São atenuantes arroladas junto com a condição moral do acusado, que podem inclusive conduzir o magistrado a absolvê-lo. Por outro lado, o fato de não ter emprego caracteriza-se por discriminações negativas.

Como o objeto de estudo foi a sentença e os dados sobre a posição social do acusado não são bem definidos, já que não há uma categoria que uniformiza esses dados no inquérito policial (onde se localizam as principais características do acusado e da vítima), foi realizada uma análise panorâmica das ocupações categorizadas pelos acusados, no ato da fase inquisitorial, na Polícia. Esses dados não revelaram nenhuma novidade. A posição social dos acusados foi caracterizada por condições econômicas bem limitadas, configuradas por ocupações sem uma habilitação profissional clássica. Apenas dois acusados se encaixavam nesse perfil, sendo policial militar e comerciário, o que, numa leitura local, validaria a acepção de classe em Weber, dotando-os de *status* social. As outras categorias ocupacionais se caracterizaram por ocupações de reduzido prestígio social, como: lavradores, carpinteiros, mecânico, lanterneiro ou apenas classificam a ocupação como “trabalhador”, um dado por si significativo até mesmo para os acusados para configurar pessoa de “moral”, como alegava um operador do direito. O componente trabalho atribuiu aos acusados *status moral*, mas não social. Essa situação lembra a frase proferida por Saffioti num parecer de um relatório de pesquisa: *a violência denunciada é dos pobres*. Os perseguidos dos tribunais também são pobres.

5.4.1.3 Origem Étnica

Em relação à variável cor do agressor, verifica-se um perfil próximo da cor da vítima, de modo que a maioria dos agressores foi identificada nos processos como pertencente ao grupo pardo e negro (76%), seguido daqueles identificados como brancos (11%). O dado em particular precisa considerar o contexto de Ilhéus que se caracteriza por um percentual expressivo de população dentro dessa categorização parda ou preta. Segundo dados do Censo de 2000/IBGE, trata-se de um universo de 88%, logo a análise desse dado precisa considerar esse contexto. Também considera-se o dado apresentado nesse estudo, com a categorização própria da variável cor/raça inscrita, tal qual Vargas (2000) sinalizou durante a declaração do acusado no ato do depoimento na fase inquisitorial da Polícia.

Gráfico 08



A correspondência entre sentenças condenatórias e o dado cor/raça aplicou-se com reserva, em razão do percentual alto de população parda e preta, em Ilhéus. A sujeição criminal (MISSE, 1999) na batalha das cores (BASTIDE e FERNANDES, 1971) tem assento na disposição dos tribunais.

Um dado curioso que saltou aos olhos da pesquisadora foi a ausência de processos onde vítima e acusados se caracterizavam por indígenas. Essa curiosidade revela-se diante das representações locais, bem como a literatura (ONU, 2010), que orientam para o número expressivo de ofensas dirigidas à população indígena, mas que não foram configuradas com iniciativas jurídicas.

5.5 Outras inferências dos processos em Ilhéus

5.5.1 A vítima das sentenças em Ilhéus

A vítima não pode deixar de ser caracterizada neste estudo, apesar de qualitativamente essa referência já ter sido sinalizada para os leitores deste trabalho. O crime e sua vitimização têm implicações diretas na disposição de suas práticas no terreno social.

A questão da vitimização de crianças e adolescentes, neste estudo observado, ganha contornos reveladores na acepção de Zehr (2008), quando destaca os direitos acolhidos das vítimas por parte da Justiça. Não se pode afirmar, contudo, que o tribunal de Ilhéus mostrasse essa disposição jurídica. Não só no processo de aplicação das penas, as sentenças condenatórias, mas também diante de uma cultura jurídica extremamente indulgente, lassiva, a qual não apresenta uma resposta institucional condizente com a demanda das iniciativas jurídicas, na busca por uma tutela judicial. Dessa forma, o estudo de Colorado (2006) também imprime um enfoque sistêmico às vítimas de estupro nessa região, uma vez que as mesmas, além de sofrerem o dano da ofensa, e de sofrerem também a violência estrutural das condições sociais (cor, posição social, gênero), sofrem a violência da instituição, quando esta submete a vítima aos constrangimentos regulatórios das fases inquisitórias, bem como seu aviltamento, e a ausência de uma resposta jurídica às suas iniciativas. Por fim, sofrem ainda as inferências coletivas do grupo social que as estigmatiza. Os componentes morais revelados em várias citações aqui neste trabalho puderam destacar a sigma ao qual as vítimas são duplamente submetidas. Além de sofrer a violência do ato, o emblema da perda da virgindade as desqualifica.

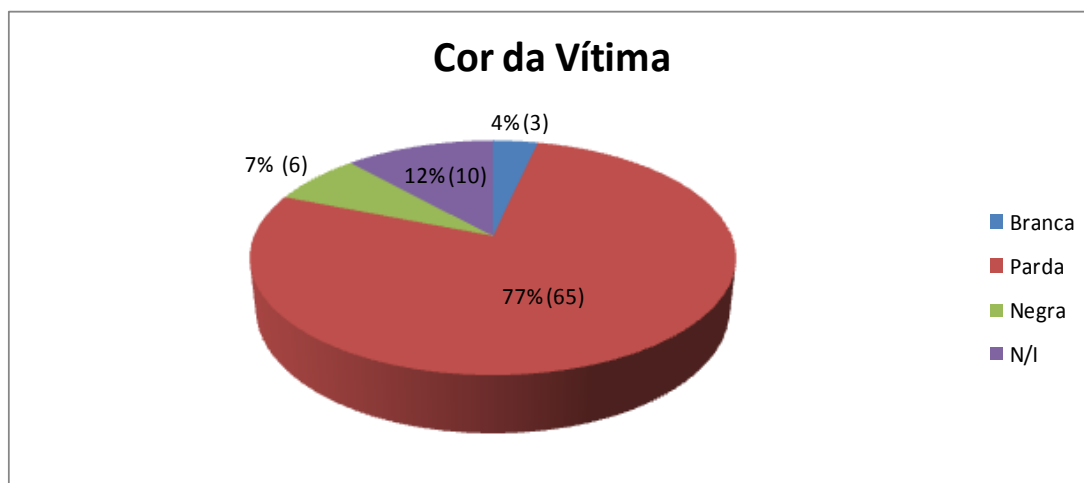
As denúncias dos crimes nem sempre ganham o protagonismo da própria vítima; bem como áreas de insuficiência social e material estão mais vulneráveis ao crime.. Esses dados merecem um pouco de problematização.

Na verdade, os dados só ajudam a orientar a reflexão sobre o processo de vitimização atribuído para as vítimas de estupro, que são maciçamente do sexo feminino. Como mostra a pesquisa:

Dessa forma, verificou-se que do total das vítimas de atentado violento ao pudor e estupro em 2009, 72,9% eram mulheres. Entretanto, houve uma redução de 4,7% no total de mulheres vítimas desses delitos em 2009, em comparação a 2008. Em 49,3% dos casos, as vítimas conheciam os acusados (companheiros, ex-companheiros, pais, padrastos, parentes e conhecidos). Destes, 29,0% tinham relação de parentesco com a vítima (pais, padrastos, parentes). Esses crimes ocorridos no Estado do Rio de Janeiro em 2009 apresentaram uma média de 250 mulheres vítimas por mês, o que significa dizer que cerca de oito mulheres foram vítimas de AVP ou estupro por dia (DOSSIÊ MULHER, 2010, p. 53).

O crime e a vitimização não estão distribuídos aleatoriamente, por isso é importante levar em consideração algumas variáveis como: a cor/raça da vítima, o local do crime e a origem da denúncia, uma vez que os outros dados foram arrolados dentro das categorias da *sentencing*.

Na variável cor da vítima, podemos destacar que a maioria significativa das pessoas agredidas pertence ao grupo que foi identificado como pessoas de cor da pele parda e negra, representando 84% do total de vítimas. Merece destaque o fato de, entre os processos estudados, existirem apenas três pessoas qualificadas como de cor da pele branca. Ainda que a questão da população desse grupo seja expressiva na região, a vitimização tão pequena para as pessoas de pele branca revela uma tendência a maior proteção que essas pessoas de pele branca podem estar diante das relações acentuadamente hierárquicas da região. O mito da hiper-sexualidade das mulheres negras, ou até os códigos de dominação impetrados nas relações com resquícios escravocratas poderiam anunciar um caminho nessa condição. A tolerância informal das práticas na região revela essa herança.

Gráfico 9

5.5.2 Os locais de ocorrência do crime

As associações do crime com o espaço geográfico mobilizam algumas teorias sociocriminológicas. Para efeito deste estudo, observa-se que o comportamento delituoso não se inscreve numa caracterização geográfica, ultrapassa os regionalismos. Ele é observado nos mais diversos contextos sociais e classes sociais. É possível, de qualquer forma, tentar buscar alguns elementos locais, que favoreçam alguns comportamentos ou expliquem as práticas, sobretudo na historiografia regional. Contudo, as teorias inspiram orientações significativas na análise do fenômeno, mesmo que sob a tutela de rotulação cautelosa por parte do pesquisador.

O público e o privado ganham destaque, sistematicamente, pela literatura do tema, em razão da particularidade dos crimes sexuais e o antagonismo entre sua manifestação na esfera pública e privada. De fato, observa-se que o estupro, para sua consumação, exige uma particularidade da esfera privada na sua realização. A brevidade do ato e o contexto da promiscuidade dariam relevo à “escolha do local” mais favorável para a prática do crime. Mesmo que se realize em espaço público, é transvertido de uma atmosfera camuflada, oculta, privada em razão da cópula carnal. Claro que não é impossível que a pessoa realize o ato em praça pública, mas sua consumação, seria mais

facilmente impedida. Nesse sentido, estudos (VIGARELLO, 1998; VILHENA, 2001) apontam que determinados locais¹¹¹ favorecem, são facilitadores para o comportamento delituoso ou a promiscuidade. Portanto, os ambientes privados como escadas, quartos isolados, corredores escuros se destacariam como locais privilegiados. Essa foi uma das revelações de Vigarello (op. cit.) no Séc. XVII e XVIII, na França. Contudo, é importante destacar que, embora o estupro se dimensione em lugares privados, há certa uniformização à centralidade que os estupros sejam acometidos em ambientes públicos, para inclusive, sofrer melhor recepção nos tribunais, pois facilita a atividade adjudicante. O autor reitera que os crimes onde as vítimas são pessoas adultas têm um alcance menor nas iniciativas jurídicas e são mais amplamente impunes, sobretudo pelas razões já elencadas (aviltamento/suspeita e condição da tutela feminina na sociedade).

Essa ligação do estupro ao espaço público fica cada vez mais clara ao longo dos anos, com a discussão entre o público e privado ganhando outras dimensões pejorativas, na medida em que recai sobre representações coletivas, já de certa forma legitimadas, estabelecendo inclusive um controle dos comportamentos femininos para evitar certos lugares, certas roupas nos ambientes públicos de modo a não favorecer¹¹² as agressões.

Por sua vez, os percursos, o acesso ao mundo do trabalho (no caso de vítimas mulheres), os trajetos na volta da escola, caronas, no retorno do baile se caracterizaram por ambientes favoráveis, não só para a ocorrência do fato, mas para favorecer a iniciativa jurídica. A suspeita permanece, mas agora de forma mais sofisticada, sutil. A suspeita está assentada, sobretudo, na “qualidade” moral da vítima. Ela não se caracteriza pela sua formalização nos textos, mas nas práticas jurídicas (VIGARELLO, 1998). A citação abaixo destaca essa correspondência com a literatura no estudo realizado em Ilhéus:

[...] que as vítimas, um casal de namorados, se encontravam caminhando na Av Litorânea, após terem participado de uma festa, ocasião que foram surpreendidos pelos denunciados que, após o anúncio do assalto, as conduziram até a areia da praia onde ficaram em uma espécie de buraco; que em seguida à subtração dos bens o primeiro denunciado, visando satisfazer sua intenção lasciva determinou que a vítima

¹¹¹ Considera-se para efeito desta análise, mesmo de forma crítica, em particular, uma idéia de que o homem não controla seu instinto ou vontade de cometer o ato.

¹¹² Recentemente, em abril de 2011, no Canadá, um movimento foi desencadeado por um grupo de universitárias, em Toronto, denominado *Slutwalks* ou Marcha das Vagabundas, após um policial ter sugerido, numa palestra sobre segurança no campus universitário, que elas evitassem o uso de roupas como vagabundas e nem andassem em locais ermos, para não serem vítimas de violência sexual. O movimento vem promovendo marchas no país, nos EUA e na Europa (Londres) reapropriando-se do termo *slut* e realizando protestos. Segundo a declaração de uma das organizadoras: *Estar no comando de nossa vida sexual não significa que estamos nos abrindo para uma expectativa de violência, independente se fazemos sexo por prazer ou por trabalho.* (Fonte: Jornal on line Canoe. CA)

M. C. retirasse a roupa por completo e o acompanhasse em direção ao mar, oportunidade em que a constrangeu, mediante violência e grave ameaça a praticar conjunção carnal [...] (SENTENÇA, 2003).

A esfera privada tem uma configuração destacável para o universo infanto-juvenil. A literatura do tema é unânime a esse respeito, embora os dados estatísticos não possam dar uma real dimensão dessa realidade pelo fenômeno da subnotificação. A condescendência dos ambientes domésticos, onde a prática é consideravelmente aplicada, revela o quanto as famílias podem estar implicadas nesse processo. Martins (2007) recorre a alguns dados para falar da privatização desse conflito nos ambientes domésticos. Como se pode ver:

Dos 600 processos que tramitam nas Varas Criminais especializadas da Infância e Juventude, na Bahia, cerca de 70% são crimes de natureza sexual¹¹³. No interior da Bahia, esse dado ainda é mais assustador, 65% dos casos de crimes sexuais são praticados no ambiente familiar, ou seja, o dado pode crescer considerando os outros ambientes¹¹⁴. Considera-se também que o número de processos nas Varas é apenas um dado, uma vez que se observa a existência de um filtro da seletividade promovido no âmbito do fluxo do sistema criminal da justiça. Por exemplos, casos que não oferecem condições para serem transformados em processos legais.

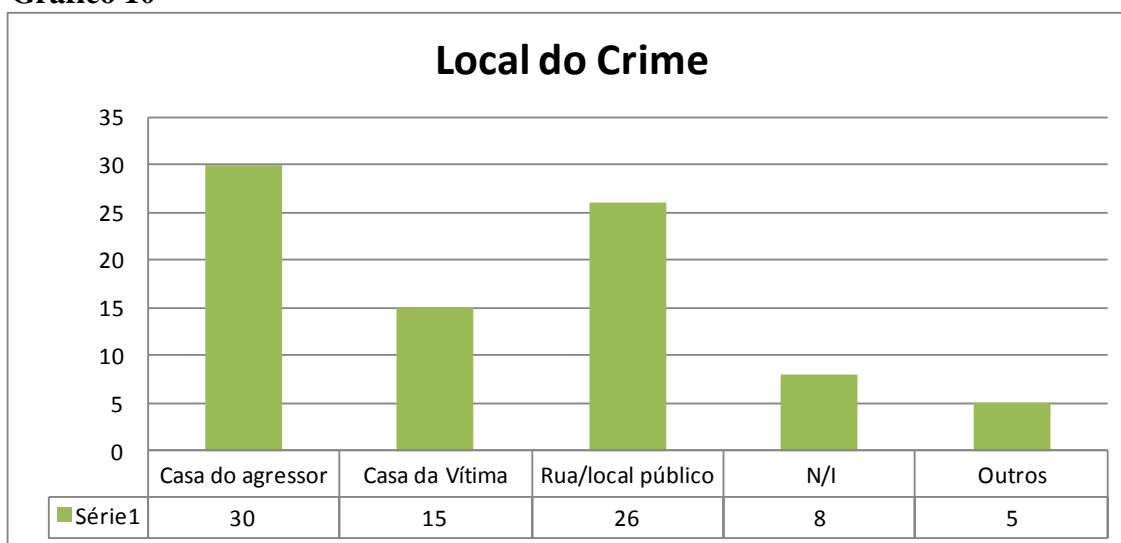
Particularmente, as vítimas crianças e adolescentes são as mais acometidas nesses ambientes e sofrem da vulnerabilidade social, em razão da relação entre seus agressores. Embora se perceba que muitas teorias sociocriminológicas manifestem uma abordagem casualística do fenômeno, seja na perspectiva individual, seja na perspectiva de grupos sociais (família), é sem dúvida, com as novas sensibilidades, que se dimensiona o problema sob outra ordem social. O deslocamento da esfera privada torna o fenômeno de ordem pública, e, portanto, um problema político, o conflito entre indivíduo e Estado evoca outras reformulações nas práticas jurídicas.

O estudo realizado com as sentenças de Ilhéus confirma as referências de outras pesquisas, onde o ambiente doméstico, privado, ganha destaque como local de ocorrência do crime. A casa do agressor é descrita em trinta processos como o local mais utilizado para a prática do delito (Gráfico 10). Os locais públicos como ruas, praças, praias, locais ermos como terrenos sem habitações foram descritos como aqueles com segunda maior frequência nos processos, seguidos da casa onde a vítima morava.

¹¹³ Informação obtida na Associação dos Comissários de Menores da Infância e Juventude do Estado da Bahia, em 15/07/2005.

¹¹⁴ Segundo a Direção de Integração das Comarcas do Pró-Menor, em 15/07/05.

Gráfico 10

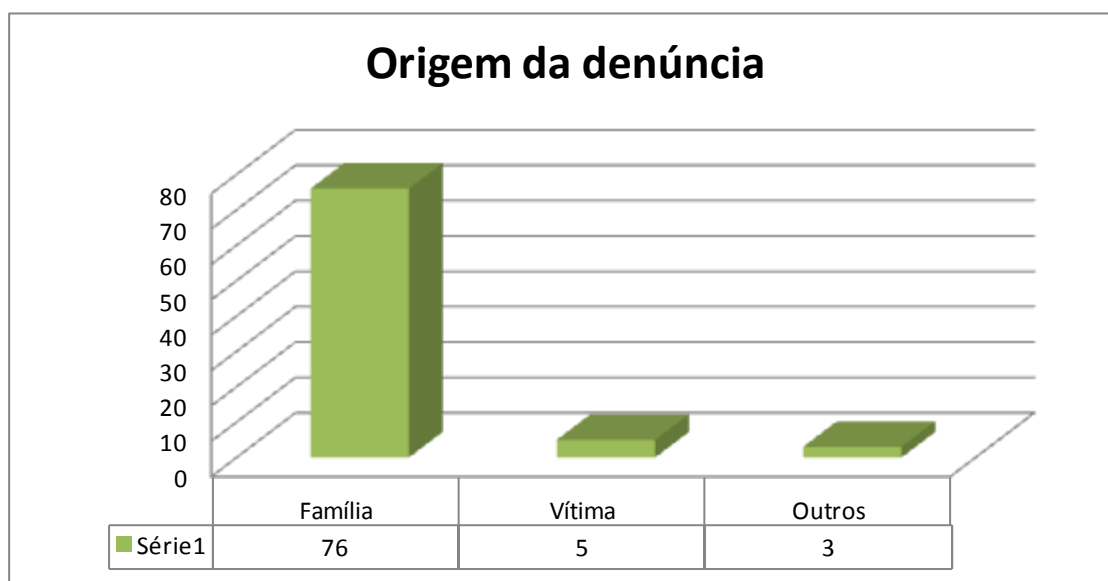


5.5.3 Origem da denúncia

A denúncia do delito, geralmente, é feita pela família da vítima, no caso, em particular de se tratar de criança e adolescente, considerando a necessidade da representação legal. Com o ECA/90, a aplicação da queixa pela criança aos serviços de atendimento ou a suspeita de que a criança foi vítima de ofensa já permite estabelecer a iniciativa jurídica. Antes do ECA/90, a condição de menoridade exigia que algum membro da família, geralmente o pai ou a mãe, ou outra pessoa adulta responsável ou tutora da criança ou da adolescente vitimizada, tomasse a iniciativa de fazer a queixa. Em cinco casos estudados, foram as próprias vítimas que fizeram a denúncia, sendo que em quatro desses casos, os agressores eram pessoas descritas como desconhecidas e em um caso o agressor não pôde ser identificado. Em dois casos, as denúncias foram feitas pelo serviço de disque denúncia da Polícia Militar da Bahia, e outro caso foi iniciado pelo extinto Programa Sentinela, caracterizando apenas três processos iniciados pelos serviços de atendimento. Em nenhum caso em que o namorado é acusado como agressor houve denúncia por parte da vítima.

Essa situação endossa a questão da “cobrança pelo casamento” como expectativa da resposta jurídica, o qual é realizada, sobretudo pela família. Segundo Ardillon e Debert (1987) existe um limite nessa quebra do silêncio, que pode ser atribuída às instituições penais de modo geral. Ao denunciar ou realizar a queixa, os motivos que cada vítima carrega responde um pouco o resultado dessa iniciativa. Se elas esperam uma punição dos culpados, se esperam apenas um “susto” no agressor, se esperam uma compensação pelo casamento...enfim, essas expectativas também se associam a antureza desse acusado. Se ele é o pai, se é namorado, vizinho ou desconhecido essas situações são consideradas. Contudo, de modo geral, as vítimas ao serem colocadas sob suspeita já criam um dispositivo de resistência para originar uma iniciativa. A literatura (VILHENA e ZAMORA, 2004) também revela que os constrangimentos das averiguações, o ritual, o formalismo jurídico inibem as iniciativas.

Gráfico 11



O corredor histórico das práticas do estupro em Ilhéus submetidas à prescrição adjudicativa marcou uma característica dos tribunais do interior ainda pouco estudados no Brasil. O caminho realizado empreendeu passos pequenos, mas fez só uma trilha, podendo incitar mais curiosidade investigativa.

6. CONCLUSÃO

Antes de iniciar, propriamente, a conclusão desse trabalho, acredita-se que se faz necessário estabelecer algumas ponderações. Primeiramente, é preciso declarar que esse estudo não teve a menor intenção de “avaliar” – no sentido de *apreciar o mérito* – o trabalho dos magistrados. Isso não seria possível, primeiro, por reconhecer que cada campo disciplinar tem seus próprios instrumentos de avaliação, uma vez que compartilham das lógicas operacionais que constituem o seu ofício; não é outro campo disciplinar que fará isso. Segundo, porque também reconhecemos que os trabalhos desses magistrados estão impressos dentro de uma racionalidade jurídica, que dispõe de vários meios para ajustar suas “práticas individuais” dentro de uma lógica de Estado, seja ele punitivo ou não.

Assim, o intento aqui instaurado foi buscar, dentro do objeto de estudo da sociologia jurídica, os elementos que caracterizaram as categorias analíticas desse campo disciplinar, uma vez que se reconhece que o Direito é um campo de práticas sociais imerso numa dada realidade. Como falamos anteriormente, o Direito é um conhecimento concorrente, mas não díspar da Sociologia. Não se buscou aqui o juridicismo, mas o comportamentalismo jurídico. E, para esse intento, a Sociologia já mostrou que o que não falta é moldura teórica objetivando compreender a natureza do crime e suas vicissitudes, sejam nos contextos sociais ou institucionais. As Ciências Sociais já mostraram, em diversos trabalhos, contribuições a respeito da falência do modelo liberal nas instituições jurídicas, em razão da incapacidade de adaptarem-se às mudanças sociais. Andrade (1997) já revelara que foi esse campo disciplinar que observou o declínio no sistema penal como um déficit histórico. Logo, estudar os problemas sociais só pelo viés macrossocial não nos pareceu mais suficiente, foi preciso mergulhar no palco das ações sociais jurídicas e investigar os fatos, buscar os atores envolvidos e, a partir dessas considerações, ter referendado nosso fio condutor: de um lado, as desigualdades dos tribunais, na perspectiva macrossocial; do outro lado, as práticas jurídicas, na análise microssocial.

Nesse caminho, as desigualdades dos tribunais compuseram um quadro bastante inquietante, para nós, observadores do sistema judicial, bem como de suas práticas. As lógicas labirínticas envolveram a políticas, as instituições, o crime, os atores envolvidos e as mudanças sociais. A ponta de um lado do novelo foi o crime do estupro contra crianças e adolescentes e a outra ponta foi a desigualdade dos tribunais. Tecer o “tricô social” de uma realidade de uma cidade do interior do Nordeste brasileiro desafiou o investimento teórico instaurado nesse trabalho, considerando que muitas das vezes não foram encontradas correspondências e, outras, não puderam ser associadas. A realidade estudada imprimiu particulares. A operação intelectual num inventário como esse não foi tão fácil, sobretudo por não haver uma literatura mais pertinente ao contexto do interior. Provavelmente, as particularidades de Ilhéus têm domínios pelo Brasil.

A partir dessa reflexão, em busca de observar os protagonistas dos fatos, aqueles que organizam os elementos que configuraram “os fatos” – fatos esses caracterizados pelas disparidades das penas num determinado crime, estabelecendo a desigualdade dos tribunais –, o fio do novelo foi tecido pela *sentencing*, uma vez que nessa teoria se construiu um inventário conceitual buscando uma especificação para engendrar-se por questões que envolviam essas disparidades. Os problemas ligados à especificidade desse crime (pouca notificação, insípidas iniciativas jurídicas ao longo dos anos, problemas na adjudicação, lassa perseguição nos tribunais etc.) não encontraram respostas no recrudescimento da lei (embora alguns afirmem que esse é o caminho), na perseguição punitiva, e nem na invisibilidade atribuída ao fato. A curiosidade investigativa mostrou que existiram outros elementos de atuação. Ardailon e Debert (1987), Vargas (2000; 2004) e Pimentel et al (1998) revelaram a questão moralizadora como dispositivo fulcral nos processos de crimes de estupro. Logo, o modelo sócio-estrutural corresponde a essa prática do tribunal ilheense, na medida em que a determinação da pena é conduzida por questões mais pragmáticas, como a moralização, em detrimento dos princípios filosóficos doutrinários penais. A busca pelos protagonistas dessa ação encontrou correspondência na *sentencing*, por considerar que a figura do magistrado protagoniza as práticas jurídicas, embora não sejam os únicos. De todo modo, o desempenho de seu ofício na instituição judiciária é dotado de muita autoridade, principalmente, no modelo da tradição jurídica na *civil law* e, nesse sentido, ganhou relevo nesse trabalho.

A herança do modelo da *civil law* não se caracterizou por um juiz marcado por uma figura sem rosto, aquele da ordem racional legal, garantidor de uma previsibilidade da certeza jurídica, tal qual Vianna et al (1997) caracterizam o personagem jurídico. Mas um magistrado com rosto que se aprisiona não necessariamente às concepções formalistas do positivismo jurídico, mas experiencia um aprisionamento pragmático às suas convicções moralistas, que tendem a ignorar o constitucionalismo democrático.

Embora a *sentencing* tenha se mostrado muito proveitosa teórica e metodologicamente para analisar as práticas jurídicas, foram necessários alguns ajustes para sua aplicação à realidade brasileira. A complexidade dos objetos em contextos sociais com frágeis capacidades de interação, a fragilidade na incorporação das ordens legais às ordens extralegis ou informais, a fragilidade do complexo político na dispersão social, tudo isso nos pareceu preocupante na transposição de uma teoria desenvolvida em contextos sociais tão distintos. Na apropriação desse instrumento de análise trabalhou-se *a priori* com os instrumentos da ordem legal e, posteriormente, se buscou pelos significados das ordens informais, para oferecer maior capacidade de interpretação da realidade. Esse trabalho incluiu as duas abordagens teóricas: a tradicional e a abordagem sociológica. Essa última ficou um pouco comprometida, na medida em que não foi possível cobrir com maior alcance o restante das categorias analíticas sistematizadas no referencial. O tempo de estudo foi longo, alguns juízes já não se encontravam mais nas Comarcas e outros já estavam falecidos. Ficou uma vontade grande de fazer para proporcionar outras inferências. A figura da vítima também foi incorporada às análises, embora a *sentencing* não a destacasse. A particularidade dos elementos extralegis dos atores envolvidos no crime de estupro não permitiu esse desvelo. Foi urgente adequá-lo frente às configurações das mudanças sociais.

Salientamos que as mudanças sociais permitem-nos observar que as reformas jurídicas foram e são (ainda que algumas, sobretudo em Ilhéus, estejam sendo projetadas) de grande importância para a democracia brasileira. Embora possa parecer o contrário, dado o tom dos argumentos arrolados no texto que imprime uma leitura desértica, de que nada mudou, mas isso é consequência da exigência estabelecida pelo próprio contexto jurídico-legal, que imprimiu certo rigor nessas avaliações no processo de mudança. Ademais, foi estudado um segundo momento, em que se estabeleceu não só uma nova Constituição Federal, mas as novas normativas legais (ECA; Lei de crimes

hediondos) e os tratados internacionais que puderam dar conta das lacunas do direito nacional. Antes da década de 1990, os limites jurídico-legais estiveram expressos no Código Penal.

Contudo, a Comarca de Ilhéus não referendou com protagonismo essas reformulações legais, exceto a lei de crimes hediondos, nos processos bem próximo do limite do período de cobertura do estudo (até 2008). A explicação para isso é dada pelas implicações legais observadas pelo princípio da irretroatividade. Alguns processos sentenciados depois de 1990 (ano de entrada da lei) têm a data de ocorrência do crime anterior à lei; logo, essa lei não teve alcance legal nesses processos. Aos crimes que sofreram alcance dessa lei, não necessariamente foi aplicada com todo o rigor a regra incriminadora. Na verdade, observou-se que o fato de o crime de estupro entrar no rol da hediondez, com a severidade nas penas, representou mais afrouxamento nos tribunais. Em razão dos argumentos da dúvida do crime, da premente suspeita da vítima e da própria incapacidade do sistema carcerário local, a disposição dos magistrados em aplicar a pena ficou limitada. O crime, nesse universo estudado, é menos o ato praticado que todo o arcabouço que este envolve, desde a sua definição, classificação e penalização, mostrando-se revelador dos contextos políticos e morais locais, e caracterizando certa normatização da prática.

Com relação às referências legais do ECA/90, parece-nos interessante fazer esse destaque. O ECA não se projetou nas sentenças como uma referência jurídica para os crimes cometidos contra crianças e adolescentes. Essa referência não foi contemplada nem pelo órgão acusador – o Ministério Público – e nem pelo órgão julgador – o magistrado –, em grande parte dos processos; nem mesmo nos processos recentes que datam de 2008. A legislação para proteção desse grupo social é farta e, além disso, devem ser consideradas as inscrições dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o que deveria empreender maior esforço dos magistrados para considerar as lacunas da normativa nacional. Contudo, o que se percebeu foi um desempenho classicista, preso à ordem do Código Penal, caracterizando uma autonomia plena do magistrado, em razão da sua percepção generalista, desresponsabilizando-se das associações normativas que os legados internacionais e nacionais coadunam no direito nacional. A alta hierarquização e orientação normativa de um Estado punitivo construída de forma hegemônica, destacada pela inflação de normas penais para quase

todos os tipos de conflitos e problemas sociais não apresenta eficácia instrumental como meio de prevenção do delito, conforme sinalizou Azevedo (2005).

A posição do Estado brasileiro frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos foi sendo construída em bases históricas e culturais características da sua constituição societária. Com suas idiossincrasias particulares, de um sistema judicial dos países periféricos¹¹⁵. A incorporação dos preceitos internacionais só foi se estabelecer a partir do processo de redemocratização, deflagrado em 1985, com a ratificação de relevantes tratados internacionais. Ainda que o passado de regimes totalitários do Estado brasileiro tenha ruído no início da década de 1980, configuram-se marcas profundas de natureza conservadora e autoritária nos indivíduos e nas instituições, que foram sendo misturadas à nova constituição política de um Estado de Direito Democrático. Fez-se necessário reconhecer, sobretudo, que os conflitos gestionados numa configuração social como essa, se apresentam como elementos fundantes das características de sociedade contemporânea, de pendor neoliberal, com viés autocrático e hierarquizada. Observa-se, nesses elementos, características particulares, estanques nessas concepções, com inscrição num processo de oligarquização dos Estados, a partir da constituição de políticas públicas baseadas nos interesses particulares (ESTEVIÃO, 2006). A Constituição Federal de 1988 e as demais legislações específicas que buscaram inspiração na doutrina dos direitos humanos, embora tenham significado um avanço em termos de reivindicações e conquista dos direitos políticos, civis e sociais pela sociedade civil, não impediram que essa fissura entre o direito conquistado e a proteção desses direitos tenha sido absorvida pelos objetivos neoliberais, sobretudo nesse contexto de tribunal do interior.

A discussão sobre a aplicação da norma jurídica dá destaque à figura dos magistrados, sobretudo num contexto do efeito do pólo normativo, onde a regra jurídica revela-se dotada de legitimidade (ROBERT, 2007). A realidade de Ilhéus mostrou que esse pólo normativo é elástico, não sendo exatamente flexível, porque essa flexibilidade não é para todos. De fato, os magistrados realizam ajustes próprios na aplicação da norma nas particularidades dos atores envolvidos (acusados e vítimas), aplicando todos os recursos disponíveis para fazer prevalecer sua forma de adjudicar.

¹¹⁵ Souza Santos (1996) estabelece uma distinção entre os tribunais nos países centrais e os dos países periféricos, a partir de noções dos tribunais no Estado Moderno: Estado liberal e Estado providência. Para efeito desse estudo, considera-se o Brasil, bem como a América Latina, país constituinte do quadro periférico ao qual o autor se refere. Furtado (2007), também usa essa nomenclatura dos países, em *Formação Econômica do Brasil*.

A série histórica das sentenças permitiu observar que a noção de justiça ainda é seletiva (VANHAMME; BEYENS, 2007), sendo validada como um bem para determinadas pessoas (aquelas que são consideradas cidadãs de direito), que apresentam uma vida regrada, honesta, condizente com a moral e os bons costumes. Os códigos interpretativos desses elementos estão na cabeça do magistrado. Ele é que tem o fundamento dessa acepção. As mentalidades ainda asseguram muitos elementos discriminatórios e moralizadores. Vale ressaltar, contudo, que esse quadro muito uniforme das sentenças de Ilhéus pode ser explicado, em razão da concentração durante muitos anos de um único magistrado; logo, não foi possível fazer uma inferência mais precisa. A oscilação de cinco juízes foi estabelecida com maior tempo por 03 juízes durante todo o período de estudo até 2006. Os juízes mais recentes (2006 e 2008) que passaram pela Comarca prescreveram apenas 02 sentenças desses crimes. Ainda que todo o grupo de 05 juízes tenha se orientado nessa racionalidade prática intuitiva (TATA, 1997; HUTTON, 1997), a figura imperativa de um único juiz durante 34 anos na Comarca estabeleceu uma cultura mais individualista, em detrimento da cultura invisível do grupo.

As consequências dessa dinâmica se revelaram no distanciamento do tribunal de Ilhéus, dotado de um pragmatismo político sem estreitamento com a realidade social do entorno. Sua responsabilidade política revelou-se atomizada por uma autoridade atida como neutra. O lugar do magistrado nesse processo não revelou uma mudança na ordem social, na busca por uma justiça social. Sua neutralidade foi seletiva diante de uma moralização que antecede os fatos.

Uma das principais características desses processos foi a caracterização do modo de fazer justiça criminal pela atividade adjudicativa dos magistrados de Ilhéus: oscilou entre a justiça retributiva para os acusados e uma justiça restaurativa para a vítima. Na retributiva, enquanto o foco num tipo de agressor considerou o crime um ato contra a sociedade, logo devendo a punição ser de interesse à sociedade; na restaurativa, quando esvaziou o foco punitivo do ato criminoso para o foco da conciliação dos casamentos, “atendendo à consagração da assistência à vítima” – que na verdade, foi uma forma de resolver a dotação moralizadora dos tribunais.

Resgatando Souza Santos (1996), entre os dois caminhos da tensão promovida pelo próprio Estado – o caminho da justiça social, em busca por uma tutela mais eficaz para a atuação promocional dos direitos da cidadania; e o caminho da igualdade formal,

legitimada pelo procedimento formal –, buscando uma “neutralização” política, a Comarca de Ilhéus escolheu a “terceira via”. Eles caminharam na direção do desempenho classicista, reativo, mas isso não caracterizou uma neutralização política, marcando sua independência política. A natureza dessa independência foi mascarada por essa suposta neutralidade; mas, na verdade, revelou uma opção por um tipo de cidadania, onde nem todos puderam ser contemplados pela proteção jurídica.

Nesse sentido, o judiciário em Ilhéus não colaborou para mudar a ordem social, quando fez uma opção pelo desempenho conservador nas práticas jurídicas, quando se projetou por “aventuras personalistas” na individualização dos conflitos, e quando, principalmente, ajudou a despolitizar o conflito do crime de estupro, sobretudo no atributo das questões de gênero.

Na Comarca de Ilhéus, o estupro manteve-se como uma violência física, não avançou para uma violência moral, conforme a literatura pode mostrar (VIGARELLO, 1998). Dessa forma, a Comarca pesquisada revelou mais uma tendência teórica, conforme salientou Bastos (2006), na revisão das questões tradicionais na hermenêutica do estupro, em detrimento de uma revisão mais crítica. Assim, o estupro se mostrou um crime muito perseguido pelos indícios físicos, materiais. Diante de precários instrumentos de comprovação e investigação, o estupro de modo geral, buscou assento na confissão dos acusados e na sensibilidade dos magistrados com as crianças.

Os problemas não estiveram só nas provas, nas confissões dos acusados, mas na intencionalidade que o juiz acredita ter sido possível perceber, aplicando, segundo seus desígnios, instrumentos subjetivos de análise, esvaziando o conteúdo penal do ato cometido. Segundo Robert (2007), essa seria uma forma de o magistrado aplicar os recursos disponíveis legais ou extralegais, porque ele é o “transformador da informação”, aquele que está acima das “vontades”, que tem a verdade real formal (FOUCAULT, 1999).

Os investimentos pelos acordos se revelaram em razão da “perseguição” do casamento tanto pelos magistrados, quanto pelas vítimas e seus representantes, como foi observado em várias sentenças. Essa perseguição revelou as motivações principais para o maior número de iniciativa jurídica: “[...] que a vítima convive com outro rapaz, porém não é casada com o mesmo (fls. 32). Em vista desse fato, o pai da menor, seu representante legal, M.M.C.S. declarou não ter interesse no prosseguimento do feito [...]” (SENTENÇA, 1992).

A moralização inscrita tanto no argumento legal, com a extinção da punibilidade, quanto no social, com o perdão pelo casamento, reproduz a idéia de um contexto pronto a indulgências mediante as exigências morais. Para os magistrados, essa condição resolve o problema de litígios nos tribunais, sem custo social para os operadores; as famílias envolvidas em caso de penalização não precisam sofrer a anuência do litígio. Enfim, a resolução do conflito se estabeleceu de forma bastante conveniente para as partes.

O casamento e a virgindade como baluarte da moral e das conformações sociais foram a grande marca desse estudo. A moralização intermitente se esticou no tempo. O ato violento em si perdeu destaque, o conteúdo penal se esvaziou, ou foi para “outro lado” – a moralização. O interessante são as idiosincrasias desses elementos. É claro que dentro da norma direta (ROBERT, 2007), aquelas que não são formalizadas, aquelas que estão dispostas na sociedade, a virgindade é relativizada dentro do processo de mudança social, sobretudo a partir do segundo momento do estudo¹¹⁶. Contudo, nos tribunais, essa “regra social” ultrapassa os limites de suas reformulações do lado de fora dos tribunais. É como se dentro do tribunal, sob a prescrição persecutória da autoridade, esse elemento tivesse uma validade e fora dali essa validade pudesse ser relativizada. Novamente, isso caracteriza a “independência política” dos magistrados, marcando seu distanciamento com a realidade social (aquela de fora dos tribunais).

A gravidade dos fatos deu destaque aos ajustes, em algumas sentenças, para a não aplicação da presunção da violência, colaborando para uma interpretação da concepção da infância engendrada no contexto social de Ilhéus. O movimento histórico ajuda a compreender um pouco esses elementos. A acepção da infância aqui se coloca de forma mais aproximada à visão de Kulhmann Jr. (1998), quando ele revela que esse grupo se socializava a partir de um compêndio de experiências, incorporando padrões de adulto. Leite (2003) também colabora nessa acepção de uma precocidade à vida adulta em razão do universo econômico. O contexto social no qual essas pessoas menores de 14 anos se inserem já as enquadrava no rol de “moças”, já que trabalhavam em casas de família, já eram dotadas de responsabilidades desde muito cedo, “emancipando-se”, namorando cedo. Esses componentes refletem a indisposição dos

¹¹⁶ Reconhece-se que para efeito dessa afirmação não é possível inferir uma data no tempo, dizendo que a partir dessa ou outra data isso começou a mudar. Apenas como um marco temporal do estudo, observando esse registro com parcimônia.

magistrados em observá-las como pessoas ainda sem o discernimento cognitivo para o “consentimento” da prática.

O aviltamento na idéia do consentimento das vítimas também revelou um grau acentuado no dispositivo moralizador. Essa prática rotineira aplicada, sobretudo, para determinadas vítimas, imprimiu outro caminho para entender a desigualdade dos tribunais, não necessariamente o das disparidades. As vítimas revelaram-se como atores importantes diante dessa dinâmica social, estudando-as não pela causalidade, mas exaltando os elementos significativos que caracterizaram o seu sofrimento.

O protagonismo dos acusados destacou a figura do namorado, contrariamente à literatura, que coloca o pai em destaque. Nesse sentido, o tribunal de Ilhéus mostrou-se indulgente, lassivo, não só focalizando o dano na honra, mas em razão do peso da norma incriminadora da hediondez, posteriormente, no segundo momento do estudo. As implicações punitivas da norma, que não permitem trégua para o acusado, revelaram-se como uma atenuante para os acusados. Diante de tantas dúvidas, o escalonamento excessivo, a precariedade das provas, as iniciativas jurídicas distantes do tempo de ocorrência, incapacitando os elementos mais prementes do comportamento delituoso foram revelados processos confusos, os quais exigiam um desempenho maior dos magistrados para garantir a resposta jurídica.

O número excessivo de processos arquivados por extinção de punibilidade por prescrição de tempo também mereceu destaque. Foi sintomática essa revelação de tão alto quantitativo de processos não operados, caracterizando a insegurança jurídica. A conformidade aqui se caracterizou por uma não prestação de um serviço social no confronto entre o formalismo legal e a justiça social. A litigação, mas que um problema da cultura jurídica, revelou a fragilidade da aplicação dos direitos para os que buscaram o sistema na resolução de seus conflitos, de suas aspirações de justiça. Assim, revelou-se não só a inexistência de uma estrutura administrativa que sustentasse a aplicação do direito, como a possibilidade de inibição das iniciativas jurídicas. Souza Santos (1996) chama atenção para a *procura suprimida*, ou seja, aquelas vítimas que têm consciência de seus direitos, mas que, diante das práticas rotineiras dos tribunais, mostram-se desacreditadas, impotentes para buscar uma resposta jurídica às suas ofensas.

As disparidades das penas nas sentenças de Ilhéus foram muito representativas dos crimes com as mesmas características e aplicações de penas tão diferenciadas, bem como casos confessos ou reveladores da confirmação do ato criminoso e a não aplicação

da pena pelo magistrado. Esse quadro reforça a tese de Ardailon e Debert (1987), que afirmam que as decisões judiciais se estabelecem mais em fatores extralegais do que legais, valorizam mais as características individuais dos atores envolvidos do que as atrocidades do ato. Todavia, acredita-se, nesse estudo, que os magistrados valorizam mais ainda sua astúcia na capacidade de prever a intencionalidade das partes em jogo na cena do crime. É nessa direção que as disparidades se aplicam e as desigualdades se revelam. Os magistrados empreendem um esforço intelectual para operar sobre as determinantes nas intenções dos casos, a partir de sua acepção. Portanto, uma vez definida uma racionalidade intuitiva (que poderíamos chamar de intuição moralizadora), se cristaliza uma forma de adjudicar. É por isso que é comum a parte da defesa *desejar* a prescrição judiciária de determinados magistrados. Sua cultura adjudicativa já aduz a absolvição.

Por fim, a cultura judiciária da Bahia mereceu também relevo, na medida em que algumas respostas foram encontradas na raiz de nossa tradição ibérica, na arqueologia de questões ainda tão recorrentes na nossa dinâmica social. A instituição judiciária revelou que a racionalidade de suas operações também se desenha, é filtrada, no interior dos valores; logo, se coloca desafiadora da vida pública, da justiça social. Não que seja prerrogativa de Ilhéus esse arrefecimento com a esfera pública, mas não deixa de denotar sua marca. Segundo Vianna (1986), a construção das instituições no Brasil é marcada por uma ordem política conservadora. O pensamento social brasileiro vai chamar isso de tradição. Tradição pode ser uma boa categoria universalizante para explicar sobre qual equipamento político se constituíram as sentenças estudadas. As categorias da *sentencing*, nesse particular, tiveram que levar em consideração as especificidades dos tribunais brasileiros. A cultura jurídica aqui tem esses traços que marcam o conservadorismo liberal, muito diferente das aspirações liberais dos contextos sociais, com certa consolidação democrática, onde as pesquisas da *sentencing* se dinamizaram.

O problema não está na lei, mas na disposição dos tribunais com os crimes de estupro. Logo, a nova norma jurídica do estupro compõe um quadro novo a ser investigado, abrindo um campo de possibilidades para, de fato, investigar os processos de mudanças.

A adoção da nova norma se insere num contexto político engenhoso. De fato, esta seria uma preocupação dos tribunais com o evento ou teria um efeito ideológico

impetrado por parte do segmento social? É um desafio a descobrir. Diante da “lei antiga”, com os dados analisados de um tribunal do interior do Nordeste, nos pareceu que essa lei ainda se alicerça no pragmatismo conservador.

De certo, acredita-se que fazendo a leitura desse tempo em outros tribunais, sobretudo nos grandes centros urbanos, mudanças mais significativas poderiam emergir, como alguns trabalhos mostraram (ARDAILLON; DEBERT, 1987; VARGAS, 2000, 2004). O alto grau de processos arquivados por prescrição, sem sequer apresentar sentenças explicativas dos casos; a permanência durante muitos anos de um único juiz, bem como suas dispersões no tempo, impossibilitando entrevistas, limitaram o trabalho nesse campo de atuação. Contudo, esse quadro “metodológico” em si foi revelador para uma pequena contribuição aos estudos das instituições jurídicas no Brasil. Um estudo qualitativo das práticas judiciárias de um crime tão inquietante, na percepção sociológica, se coloca agora para o diálogo sobre as políticas públicas que envolvem o tema.

Nesse sentido, mudar as práticas jurídicas se tornou imperativo. Como fazer? A resposta para tal questão implica numa agenda de prioridades, envolvendo não só a instituição judiciária, mas a sociedade como um todo, nas suas mais diferentes formas organizativas, de modo que o judiciário ouça e seja interpelado pelas demandas sociais. Parece urgente mudar as formas de inquirição, investindo numa maior instrumentalização dos magistrados, abrindo, nos cursos de Direito, novas sensibilidades no universo adjudicação, investindo numa magistratura mais democrática, interiorizando as experiências envolvidas desse investimento, democratizando o acesso à Justiça nas Comarcas do interior, com defensorias e serventuários adequados ao movimento forense. Se os crimes, na atualidade, chegaram a um patamar cada vez mais assustador, as instituições judiciárias estão com um grande desafio. Entretanto, talvez o maior desafio para essas instituições seja se abrir à sociedade. Talvez o maior desafio para essas instituições seja se abrir democraticamente para a sociedade, não só em termos de acesso, de qualidade de atendimento e infraestrutura, mas encarando o desafio de admitir um marco valorativo e um sistema de orientação de suas práticas adjudicativas condizentes com a justiça social. Como esclarece Vianna et al (1997):

Nesse contexto – em que também atua uma mudança no quadro mental brasileiro, deslocando a primazia do estado em favor das práticas sociais -, a cultura jurídica, entre nós, tende a conhecer mutações substanciais no seu marco tradicionalmente positivista e a incorporar a dimensão da justiça. Assim, democratizar o Judiciário passa a dizer respeito, sobretudo, à sua aproximação com a vida social, criando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade, inclusive os pequenos interesses até então desamparados (p. 13).

De novo vamos nos colocar diante do conflito macrossocial: construímos, mesmo dentro de uma versão mais privativa, a partir de um tipo de Estado, sob a égide de uma democracia liberal, onde os interesses particulares (privados) prevalecem diante dos interesses coletivos (público). Mantemos nosso desempenho diante de um *corpus* orgânico de leis, normas e regulamentos, mediado tanto pela ordem política nacional, quanto pela ordem política internacional-global, a partir dos acordos firmados entre os diferentes Estados-nação. Contudo, nos inquietamos ainda com uma ineficácia nas respostas institucionais e jurídicas aos problemas de vitimização de crianças e adolescentes, nesse país. Essa ineficácia se verifica no que tange à garantia dos direitos humanos desse grupo social nos litígios de crimes sexuais, sobretudo em responder parte da sociedade para responsabilizar os praticantes de crimes e responder com qualidade substantiva a esse tipo de delito. Não significa colocar o agressor na prisão simplesmente. Exige-se uma reflexão exaustiva e exploratória do campo doutrinário; exige-se uma reformulação do aparato administrativo e legal para esses tipos de crime; exige-se uma interpretação qualitativa dos contextos e das circunstâncias do delito; exige-se uma apreciação do reconhecimento pelos tribunais dos tipos de vítimas; exige-se uma profunda análise da relação agressor e vítima. Parece-nos que a questão é bem mais complexa que a simples aplicação da lei.

Desse modo, o trabalho chega ao fim querendo mais, desejando inventariar mais elementos, de modo que possamos aprofundar nosso olhar diante das instituições judiciárias. Mas chega uma hora em que se exige um ponto final. Pelo menos numa determinada página, numa determinada publicação. Sempre é possível escrever numa folha em branco.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. e MARTINEZ, A. F. Olhares sobre a criança no Brasil: perspectivas históricas. In: RIZZINI, I. (orgs) *Olhares sobre a criança no Brasil – séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro. Ed. Universitária, 1997.

ADORNO, S. Violência e racismo: discriminação no acesso à justiça penal. In L. M. Schwarcz & R. da S. Queiroz (Orgs.), *Raça e diversidade*. São Paulo: EDUSP, 1995.

_____. O sistema de administração da Justiça Criminal (Fragmentação e conflito no caso paulista). In: *1991, São Paulo. Caderno de Pesquisas*. São Paulo: Secretaria de Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento Econômico, 2: 80-82, 1990.

_____. Conflitualidade e violência – reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. *Tempo Social*. Revista Sociologia da USP, SP, 10 (1): 19-47, maio de 1998.

_____. Direito e democracia. *Diálogos & Debates*, São Paulo, 1: 30-37, 2000.

ADORNO, S. e PASINATO, W. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *Dilemas. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, RJ, NECVU/PPGSA/IFCS-UFRJ, 3 (7): 51-84, jan/fev/mar. 2010.

ALVAREZ, M. C. A Criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, 45 (4), 677-704, 2002.

AMAZARRAY, M. R.; KOLLER, S. H. Alguns aspectos observados no desenvolvimento de crianças vítimas de abuso sexual. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 11 (3), 559-578, 1998.

AMOS, V. e PARMAR, P. Challenging imperial feminism. *Feminist Review*, 17, 3-19, 1984.

ANDRADE, V. R. P. de. *A ilusão de segurança jurídica; do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, V. R. Da domesticação da violência doméstica: politizando o espaço privado com a positividade constitucional. Discursos sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 4, 99 – 102, jul-dez 1997.

ARANTES, E. M. M. e MOTTA, M. E. S. *A Criança e Seus Direitos: Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Menores em Debate*. Rio de Janeiro, PUC/RJ - FUNABEM, 1990.

ARDAILLON, D. e DEBERT, G.G. *Quando a Vítima é Mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídios*. Brasília: CNDM/Ministério da Justiça, 1987.

- ÁRIES, P. *História da criança e da família*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- ASSIS, S.; CONSTANTINO, P. *Filhas do mundo. Infração juvenil feminina no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2001.
- AZEVEDO, R. G. de. A criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*, Porto Alegre, 7(13), 212-241, jan/jun 2005.
- BACHA, E. L. *Política Econômica e Distribuição de Renda*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.
- BANDEIRA, L. *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Ed. UNB, 1999.
- BASTIDE, R. & FERNANDES, F. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Ed. Anhembi, 1971.
- BASTOS, J. J. C. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira*. Disponível: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10130/interpretacao-e-analogia-em-face-da-lei-penal-brasileira> Acesso em 12 de janeiro de 2011.
- BATISTA, N. Discurso de abertura da I Jornada de Criminologia e Subjetividade. In: MENEGAT, M e NERI, R. (orgs) *Criminologia e Subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ed. Ediouro, 1999.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: 1992.
- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASCH, S. *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.
- Becker, H. S. *Outsiders. Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BEYENS K. *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel, VUB Press, 2000.
- BOCK, K. Teorias do progresso, desenvolvimento e evolução. In: T. Bottomore e R. Nisbet (orgs.). *História da Análise Sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
- BOTTOMORE, T. Estrutura e História. In: P. Blau (org.). *Introdução ao Estudo da Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- BOURDIEU, P. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro. Ed. Bertrand do Brasil, 1998.
- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989..
- CALDEIRA, T. P. do R. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.
- _____. *Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais*. In: NÚCLEO Temático – violência. São Paulo: FAPESP, 2001.

CAMPILONGO, C. F. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CANO, I. e RIBEIRO, E. Homicídios no Rio de Janeiro e no Brasil: dados, políticas públicas e perspectivas. In: CRUZ, M. V. G. e BATITTUCCI, E. C. (orgs) *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

CANOE. CA. *Infos Canoe*. Disponível em: <http://fr.canoe.ca/infos/quebeccanada/archives/2011/04/20110427-165057.html> Acesso em: 20 de abril de 2011.

CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil - o longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, S. Observações sobre as (dis) funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: MENEGAT, M e NERI, R. (orgs) *Criminologia e Subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CERVINI, R. Macrocriminalidade econômica: apuntes para una aproximación metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 3(11), p. 50, jun.-set. 1995.

CEZAR, J. A. D. *Depoimento Sem Dano – uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. RS, Ed. Livraria do Advogado, 2007.

CHALHOUB, S. *Machado de Assis historiador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CHARAM, I. *O estupro e o assédio sexual: como não ser a próxima vítima*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

CHIAVENATO, I. *Planejamento e Controle da Produção*. 2ª ed. Sao Paulo: Ed. Manole, 2008.

CICOUREL, A. V. *The social organization of juvenile justice*. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1968.

COHEN, C. *O incesto, um desejo*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1993.

COLORADO, F. D. Uma mirada desde las víctimas: El surgimiento de la victimología. *Ensayo*. Umbral Científico, 9: 41-159, 2006.

COMBESSIE, P. *Sociologie de la prison*. Paris: La découverte, 2001.

CONNELL, R. W. *Gender and power: society, the person and sexual politics*. Stanford University Press, Stanford, 1987.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria nº 78/2008. Relatório de Auto Circunstanciado de Inspeção Preventiva. Justiça Comum Estadual da Bahia. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/inspecoes/relatorio_insp_n01_bahia.pdf. Aceso em 17 de outubro de 2009.

- COSTA, C. (org). ECA - 10 anos. Uma legislação inovadora que esbarra em práticas conservadoras. *PRAXIS*, Rio de Janeiro, 8(2), 2000.
- COSTA, C. de L. O tráfico de gênero. *Cadernos Pagu*, 11, 1998.
- COSTA, V. M. F. Vertentes democráticas em Gilberto Freyre e Sérgio Buarque. *Lua Nova*, Rio de Janeiro, 26: 219-248, 1992.
- COULON, A. *Etnometodologia e Educação*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- COULOURIS, D. G. *Violência, Gênero e Impunidade: A construção da verdade nos casos de estupro* [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 2004.
- COUTINHO, C. N. A democracia na batalha das idéias e nas lutas políticas do Brasil de hoje. In: FAVERO, O, SEMERANO, J. *Democracia e Construção do Público no Pensamento Educacional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2002.
- CUSSON, M. Les mythes e la réalité. In: PROULX, J. et all. *Les meurtriers sexuels*. Montréal: îês press de l'Université de Montréal, 2005.
- DA MATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAHRENDORF, R. *A lei a a ordem*. Brasília, Instituto Tancredo Neves, 1987.
- DALY K. Discrimination in the criminal courts: family, gender, and the problem of equal treatment. *Social Forces*, 66, 1: 152-175, 1987.
- DANET, B. Language in the Legal Process. *Law & Society Review*, 14 (3), 1980.
- DEL PRIORE, M. *História das crianças no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.
- _____. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005.
- _____. *História da Criança no Brasil*. Rio de Janeiro: Contexto, 1996
- DELGADO, A. C. *O que nós adultos sabemos sobre infâncias, crianças e suas culturas?* Espaço Acadêmico, 2004. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/034/34cdelgado.htm>. Acesso em 26 de março de 2011.
- DELMANTO, C. *Código Penal Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. REVAN/ICC, 2002.
- DIAS, M. O. L. da S. Negação das negações: texto introdutório. In: *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- DOSSIÊ MULHER. Arquivo disponível em: www.isp.rj.gov.br, Rio de Janeiro: ISP, 2010

DRAY D., 1999, Une nouvelle figure de la pénalité : décision en temps réel. De la décision des substituts de poursuivre une affaire jusqu'au prononcé de la peine par les juges. *Détours*, Le tribunal de grande instance de Bobigny, Laboratoire d'anthropologie urbaine et association, 1999.

DUBAR, C. *A socialização – construção das identidades sociais e profissionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. 6ª Ed. São Paulo, Ed. Nacional, 1971.

ELIAS. N. *A Sociedade de Corte*. Lisboa: Editorial Estampa, 1987.

ELSTER, J. *Marx, hoje*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ESTEVÃO, C. A. V. Educação, justiça e Direitos Humanos. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, 32(01): 85-101, jan/abr. 2006.

FEIGUIN, D. et al. *Um retrato da violência contra a mulher: 2.038 Boletins de Ocorrências*. São Paulo: Fundação Seade, 1987.

FERNANDES, F. *Mudanças sociais no Brasil*. SP: Difusão européia, 1974.

_____. *O negro no mundo dos broncos*. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1972.

_____. *A Revolução Burguesa no Brasil: Ensaio de Interpretação Sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

FILHO BEATO, C. Padrões regionais de homicídios no Brasil. In: CRUZ, M.V.G da e BATITUCCI, E. C. *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

FILHO, A.. Cordialidade e civilidade em Raízes do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 5(12):5-14, fevereiro de 1990.

FLORES, R. Z.; CAMINHA, R. M. Violência sexual contra crianças e adolescentes: algumas sugestões para facilitar o diagnóstico correto. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, 16(4): 158-167, 1994.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FRAGA, P.C.P e MARTINS, R. *Homicídios contra jovens na Bahia (1996-2007): Distribuição desigual, causalidades e violação dos direitos humanos*. III Seminário Internacional de Derechos Humanos, Violencia y Pobreza; Montevideo, 2010.

FRANCO, A. S. *Crimes hediondos – notas sobre a lei 8.072/90*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRANCO, A. S. STOCO, R (orgs). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREYRE, G. *Casa Grande & Senzala*. 43ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

FRY, P. O que a cinderela negra tem a dizer sobre a política racial no Brasil. Dossiê povo negro – 300 anos. *Revista USP*,28:122-135, 1996.

GABEL, M. (Org.). *Crianças vítimas de abuso sexual*. São Paulo: Summus, 1997.

GARLARD, D. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Ed. Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16).

GAUTHIER, B. Recherche sociale – de la problématique à la collecte des données. Québec: Presses de l'Université Du Québec, 2006.

GÉLIS, J. A individualização da criança. IN: CHARTIER, R. (org.). *História da vida privada, 3 – da Renascença ao Século das Luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

GELSTHORPE L. Critical decisions and processes in the criminal courts. In: MCLAUGHLIN E., MUNCIE J. E. *Controlling Crime, London, Thousand Oaks*. New Delhi: The Open University Press, 1996.

GIDDENS, A. *A constituição da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

_____. *A transformação da intimidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1993.

_____. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: Ed Unesp, 1991.

GIROUX, J.; BOYER, R., LAMONTAGNE, Y. & LACERTE-LAMONTAGNE, C. Les causes de viol entendues dans le district judiciaire de Montréal entre 1975 et 1978: une enquête restrospective. *Revue Canadienne de Criminologie*, Montréal, 23 (2): 173-189, avril 1981.

GOFFMAN, E. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOLDSCHMIDT, E. M. R. *Convivendo com o pecado na sociedade colonial paulista 1719-1822*. São Paulo: Ed. Annablume, 1998.

GRAWITZ, M. *Méthodes des sciences sociales*. 11ª ed. Paris: Dalloz, 2001.

GUERRA, V. N. de A. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GUZMÁN, V. La equidad de género como tema de debate y de políticas públicas. In: LARGO, E. *Gênero em el Estado – Estado del Género*. Chile: Ediciones de las Mujeres nº 27, Isis Internacional, 1998.

- HABERMAS, J. *Direito e Moral*. Lisboa, Ed. Instituto Piaget, 1992.
- HAGAN, J. Extra-legal attributes and criminal sentencing: an assessment of a sociological viewpoint. *Law and Society*, 8 (3), Spring, 1974.
- HASSEMER, W; MUNÓZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- HEIDENSOHN, F. *Reviews: women and crime*. Macmillan, 1985.
- HENHAM R. Human rights, due process and sentencing, *British journal of criminology*, 38 (4): 592-610 1998.
- HIRIGOYEN, M. F. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2003
- HIRSCHI, T. *Causes of delinquency*. Berkeley: University of California Press, 1969.
- HITE, S. *Relatório Hite sobre a família: crescendo sobre do domínio do patriarcado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.
- HOGARTH J. *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto Press, 1971.
- HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOUAISS, A. *Dicionário HOUAISS de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2000.
- HUTTON N. Sentencing, rationality, and computer technology, *Journal of Law and Society*, 22(4): 549-570, 1995.
- _____. Reflections. In: TATA C., HUTTON N. Eds, *Sentencing and society*. International perspectives, Aldershot, Ashgate, 2002.
- _____. HUTTON N. Sentencing as a social practice. In: ARMSTRONG S., MCARA L. *Perspectives on Punishment. The Contours of Control*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- IGNATIEFF, M. *A just measure of pain: the penitentiary in the industrial revolution*. New York: Pantheon, 1978.
- IZUMINO, W. P. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1998.
- JESUS, D. de. *Direito Penal*. 13ª edição. Vol. 3. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- JUNIOR, W. N. Da S. *Modelo de recrutamento dos juízes no Brasil*. Disponível em: http://www.google.com.br/#hl=ptBR&source=hp&q=historico+do+recrutamento+dos+juizes&oq=historico+do+recrutamento+dos+juizes&aq=f&aqi=&aql=&gs_sm=e&gs_upl=101611289110361341011811810179713860154.216&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.&fp=6a6f507f4121fa7c&biw=1259&bih=599 Acesso em 12 de março de 2011.

KANT de LIMA, R. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 10, nº 04, junho, 1989, p. 65-84.

_____. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: ALVITO, M.; VELHO, G. (Org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

KOERNER, A. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo, v. 68, p. 205-242, 2006.

KUHLMANN, J. R. M. *Infância e educação infantil: uma abordagem histórica*. Porto Alegre: Mediação, 1998.

LaFREE, G. D. The effects of sexual stratification by race on official reactions to rape. *American Sociological Review*, 45, 1980.

LANGVIN, R. et all. The sex killer. *Annals of Sex Research*, 1: 263-301, 1988.

LEITE, M. I. (org.). *Infância: fios e desafios da pesquisa*. Campinas: Papirus, 2003.

LEMAN-LANGROIS, S. *La sociocriminologie*. Montréal: Les presses de l'Université de Montréal, 2007.

LEMGRUBER, J. *Cemitérios dos vivos – análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

LEVI-STRAUSS, C. *As estruturas elementares do parentesco*. Rio de Janeiro: Vozes, 1982.

LIBERATI, W. D. *O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários*. Coleção Estudos Jurídico-Sociais. Brasília: IBPS, 1991.

LOBO, L. *O que é esse tal Estatuto? O novo direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lidador, 1997.

LOPES, J. R. De L. Direitos Humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 15(42):77-100, fevereiro/2000.

LYNCH M., 1997, Preliminary notes on judges's work: The judge as a constituent of courtroom « hearings ». In: TRAVERS M., MANZO J.F. *Law in Action: Ethnomethodological and conversation analytic approaches to law*. Ashgate: Dartmouth Publishing Co, 1997.

MACHADO, L. A. da S. Um problema na interpretação da criminalidade urbana violenta. *Revista Sociedade e Estado*. 10 (2), jul/Dez.1995.

MACHADO, L. Z. Sexo, estupro e purificação. Série Antropologia, n. 286. Brasília: UnB, 2000.

- MARCILIO, M. L. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950. In: Freitas, M. (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1997.
- MARTINS, R. *Abuso sexual e a escola: o público e o privado na "gestão democrática" das políticas públicas*. [Dissertação de Mestrado]. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.
- MARTUCCELLI, D. *Sociologies de la modernité*. Paris: Gallimard, 1999.
- MARX, K. Para a Crítica da Economia Política. *Os economistas*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- MARY Ph. Pénalité et gestion des risques: vers une justice actuarielle en Europe ? *Déviance et société*, 25 (1): 33-51, 2001.
- MENEZES, J de S. A tutela feminina e administração do patrimônio no Pernambuco de Setecentos. In: *Anais Eletrônicos do I Colóquio de História UFRPE*, 2007.
Disponível em: <http://www.pgh.ufrpe.br/brasilportugal/anais/2/Jeannie%20da%20Silva%20Menezes.pdf> Acesso em 12 de março de 2011.
- MERTON, R. K. Análise Estrutural em Sociologia. In: P. B. (org.). *Introdução ao Estudo da Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- MINELLA, L. S. Papéis sexuais e hierarquias de gênero na História Social sobre infância no Brasil. *Cadernos Pagu* (26): 289-327, janeiro-junho de 2006.
- MIRABETE, F. *Manual do Direito Penal*. Curitiba, Ed. Atlas, 2000.
- MISE, M. Violência, drogas e sociedade. In: FRAGA, P.C.P. (org.) *Crimes, drogas e políticas*. Ilhéus: Editus, 2010.
- MISSE, M. Malandros, Marginais e Vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. [Tese de Doutorado]. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisado Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1999.
- MONTALI, L. Família e trabalho na reestruturação produtiva: ausência de políticas de emprego e deterioração das condições de vida. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, 15 (42): 55-75, fev. 2000.
- MOREL, R. e PESSANHA, E. Justiça do Trabalho. *Revista Tempo Social*, 19(2), novem/ 2007
- MORGAN R., 2002, Privileging public attitudes to sentencing. In: ROBERTS J.V., HOUGH M. Eds. *Changing attitudes to punishment. Public opinion, crime and justice*. Collompton: Willan Publishing, 2002.
- MOTT, L. *Justitia et Misericordia: A Inquisição Portuguesa e A Repressão Ao Nefando Pecado de Sodomia*. In: Conferemce Internationale de la Population; S/A. (Org.). Congresso Internacional de Ciências Históricas, 17. Anais. Paris: Comissão de Demografia Histórica, p.243-258, 1990.

MOUTINHO, L. *Razão, cor e desejo*. São Paulo: UNESP, 2004.

NORONHA, E. M. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1972.

NOVINSKY, A. A igreja no Brasil colonial – agentes da Inquisição. In: *Anais do Museu Paulista*, SP, tomo 33: 17-34, 1984.

Observatório da infância (2007). Disponível em:

http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=229 Acesso em 01 de outubro de 2009.

OLIVEIRA, M. G. F. *A mulher como sujeito ativo no crime de estupro*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-mulher-como-sujeito-ativo-no-crime-de-estupro,24881.html> Acesso em 12 de março de 2009.

ONU. *Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos – EPT – 2011*. Disponível em:

<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/ED/pdf/gmr2011-summary-pt.pdf> Acesso 15 de março de 2011.

PAES-MACHADO, E.; NORONHA, C. V. A polícia dos pobres: a violência policial em classes populares urbanas. *Sociologias*, Porto Alegre, 4 (7): 188-221, jan/jun 2002.

PAIXÃO, A. L. *Recuperar ou Punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez, 1987.

PARETO, V. As Elites e o uso da força na Sociedade. In: SOUZA, A. de (org). *Sociologia Política*. Rio de Janeiro, Zahar, 1966.

PANDJIARJIAN, V. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. In: MORAIS, M. L. Q. de; NAVES, R. (orgs.). *Advocacia pro bono em defesa da mulher vítima de violência*. São Paulo: Unicamp, 2002.

PARKER H., SUMNER M., JARVIS G. *Unmasking the magistrates*. Philadelphia: Milton Keynes Open University Press, 1989.

PERALVA, A. *Violência e Democracia: O paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PERISOTTO, L. *Abuso sexual: a violência como doença*. ABC da Saúde, 2001. Disponível em: <http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?5> Acesso em: 15 nov. 2005.

PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980.

PIERSON, D. *Negros in Brazil: a study of race contact at Bahia*. Chicago, The University of Chicago Press, 1942. [ed. bras. Brancos e pretos na Bahia: estudo de contacto racial. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1945].

- PIMENTEL, S; SCHRITZMEYER, A. L. P. e PANDJIARJIAN, V. *Estupro crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- PINTO, N. M. *Penas e alternativas – um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. [Tese de doutorado]. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ, 2006.
- PRATES, F. *Le jugement comme pratique sociale*. Papier synthèse dirigé par Françoise Vanhamme, 2008. (texto não publicado).
- PROULX, J. et all. *Les meurtriers sexuels*. Montréal: Les Press de l'Université de Montréal, 2005.
- QUEIRÓZ, M. I. *O mandonismo local na vida política brasileira*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.
- RAMOS, F.P. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas no século XVI. In: PRIORE, M. (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2000.
- REBUFFA, G. *La funzione giudiziaria*. Turín: Giappichelli, 1993.
- REGO, I. P. Sociologia da prisão. *Revista Sociedade e Estado*, 19 (1): 227-233, jan./jun. 2004.
- RIBEIRO, M. L. L. *A administração da justiça criminal na cidade do Rio de Janeiro: uma análise dos casos de homicídio*. [Tese de doutorado] Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.
- RICCI, R. *Proteção e Garantias dos Direitos da Criança e Adolescente Frente às Transformações e Precarização do Mercado de trabalho nos Anos 90*. III Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescentes. Brasília: Fotocópia, 1999.
- RIZZINI, I. (Org.). *A Arte de Governar Crianças. A história das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência a Infância no Brasil*. Rio de Janeiro, Instituto Interamericano Del Nino: Ed. Santa Úrsula/ AMAIS Livraria e Editora, 1995.
- _____. *A Criança e a Lei no Brasil*. Brasília: Unicef, 2000.
- RIZZINI, I. (Org.). *As Bases da "Nova Legislação" da Infância*. INESC, 1993.
- _____. *Crianças desvalidas, indígenas e negras no Brasil: cenas da Colônia, do Império e da República*. Rio de Janeiro. EDUSU. 2000.
- _____. *Crianças e menores do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil (1830-1990)*. In: PILLOTTI, F; RZZINI, I. (Org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: AMAIS, 1995.

RIZZINI, Irma. Domesticados mas não civilizados: crianças indígenas e instituições educacionais na província do Amazonas (1850-1889). In: RIZZINI, Irma (org.). *Crianças desvalidas, indígenas e negras no Brasil: cenas da Colônia, do Império e da República*. Rio de Janeiro. EDUSU. 2000, p.45-86. Capítulo. GEHPAI.

_____. *A assistência à infância no Brasil: uma análise de sua construção*. Rio de Janeiro. EDUSU. 1993. Livro. IP.

_____. Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a Era Vargas. In: PILOTTI, F. e RIZZINI, I. (orgs.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro. EDUSU/AMAI/Inst. Interam. Del Niño. 1995, p. 243-98. Capítulo. GEHPAI.

RIZZINI, I. (Org.) *Olhares sobre a Criança no Brasil - Século XIX e XX*. Rio de Janeiro Irene: Petrobrás - BR: Ministério da Cultura: USU Ed. Universitária: Amais, 1997.

ROBERT Ph., FAUGERON C., KELLENS G. Les attitudes des juges à propos des prises de décision. *Annales du Droit de Liège*. 1 (2): 23-152, 1975.

ROBERT, P. *Sociologia do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2007

RODRIGUES, A da R. *Honra e sexualidade infanto-juvenil na cidade de Salvador: 1940 – 1970*. [Tese de doutorado]. Salvador: UFBA, 2007..

ROURE, G. *Vidas silenciosas: reconhecendo os concertos de violência*. Campinas: Editora da Unicamp, 1996.

RUSCHE, G & KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure*. New York: Columbia University Press, 1939.

SAFFIOTTI, H. No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil. In: MADEIRA, F. (Org.) *Quem mandou nascer mulher?* Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

_____. Violência de Gênero – lugar da práxis na construção da subjetividade. *Lutas Sociais*, PUC/SP, 2: 59-79, 1997.

SALLA, F. A Pesquisa sobre as prisões um balanço preliminar. In: KOERNER, Andrei (Org.). *História da Justiça Penal no Brasil*. São Paulo: Ibccrim, 2006.

SAMPSON, R. J.; STEPHEN, S. R. and FELTON E. Neighborhoods and Violent Crime: A multilevel study of Collective Efficacy. *Science* 277: 918-24, 1997.

SANDALOWSKI, M. C. O sistema de justiça criminal e violência doméstica contra crianças e adolescentes: um estudo sociológico. *Revista Katálysis*, Florianópolis/SC, 09 (01): 107-116, jan/jun 2006.

SANTOS, H. *Crianças violadas*. Brasília: FCBIA, Ministério da Ação Social, 1991.

- SANTOS, Wanderley Guilherme. et al. A Pós-Revolução Brasileira. In: *Brasil, Sociedade Democrática*. Coleção Documentos Brasileiros. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.
- SANTOS, W. G. In: FRIDMAN, L. C. (org). *Política e Cultura: Século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará: ALERJ, 2002
- SARMENTO, M. J. *As culturas da infância nas encruzilhadas da 2ª Modernidade*. Braga/Portugal: Universidade do Minho. Centro de estudos da Criança. 2002.
- SARMENTO, M. J. *Imaginário e Culturas da Infância*. Braga: Instituto de Estudos da Criança: Universidade do Minho, 2002.
- SEDA, E. *A Proteção Integral: Um Relato sobre o Cumprimento do Novo Direito da Criança e do Adolescente na América Latina*. São Paulo: ADES, 1995.
- _____. *O novo direito da criança e do adolescente*. Brasília, CBIA, 1991.
- SEGATO, R. L. A estrutura de gênero e a injunção do estupro. In: MIREYA, S. e BANDEIRA, L (orgs), *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*, Brasília, Paralelo 15 e UnB, 1999.
- SERAFIM et all. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. *Revista Psiq.Clin.* 36 (3):105-11, 2009.
- Shaw, C. and McKay, H.D. *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: University of Chicago Press, 1942.
- SILVA, P. *Noções Práticas de Direito Comercial*. Paraná, Ed. Guairá, 1994.
- SILVEIRA, R. M. J. *Crimes sexuais – Bases críticas para a reforma do Direito penal sexual*. Ed. Quartier Latin, 2008.
- SOARES, B. M. *Mulheres invisíveis. Violência conjugal e novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- SOARES, G A.D.; BATITUCI, E. C. e RIBEIRO, L. M. L. As mortes desiguais em Minas Gerais: gênero, idade, estado civil e raça nos homicídios registrados pelo Sistema de Informações de Mortalidade. In: CRUZ, M.V.G da e BATITUCCI, E.C. *Homicídios no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.
- SOARES, G.A.D. *Homincídios no Brasil: vários factóides em busca de uma teoria*. Trabalho apresentado na Reunião da Latin American Studies Association. Miami/Flórida. 2000.
- SOUZA SANTOS, B et all. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português*. 2ª Ed. Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- SOUZA SANTOS, B. *O discurso e o poder – ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1988.

SOUZA, G. P. A ação penal de iniciativa privada e os crimes contra os costumes. In: AMORIN, M. S; KANT de LIMA, R e MENDES, R.L.T. (orgs) *Ensaio sobre a igualdade jurídica – acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

SUTIL, J. C. Reformas judiciárias na América Latina. In: P. S. Pinheiro, et all (orgs.). *Democracia, violência e injustiça*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

TAQUARY, E. O. de B. Formação do Sistema Penal Brasileiro. *Revista Universitas Jus*, Brasília, vol. 17, jul/dez. 2008.

TATA C. Sentencing as craftwork and the binary epistemologies of the discretionary decision process. *Social & Legal Studies*, 16, 2007.

TILLY, C. *European Revolutions, 1942-1992*. Oxford: Blackwell, 1993.

VALENTE, V. V. *Presupuestos sensibles al género: las experiencias en América Latina*. Ponencia presentada en el panel internacional titulado "Presupuestos nacionales para la equidad". Quito, Disponível em: <www.unifemandina.org/docu.html>. Acesso em: 05 Out. 2007.

VAN D. J. M.; MAYHEW P. and KILLIAS M. *Experiences of crime across the world*. Deventer (Ndl.)/Boston: Kluwer, 1990.

VANHAMME F. *La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels*. [Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en criminology] Bruxelles, U.L.B., Faculté de droit, Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil, 2005a.

_____. *La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels*. *Revue de droit pénal et de criminologie*, Toronto: 154-167, 2006.

VANHAMME, F. e BEYENS, K. La recherche em sentencing: um survol contextualisé. *Deviance et Société*, 31: 199 – 228, 2007.

VARGAS, J. Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça Criminal. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 40, junho, pp. 63-82, 1999.

_____. *Estupro: Que Justiça? Fluxo do Funcionamento e Análise do Tempo da Justiça Criminal para o Crime de Estupro*. [Tese de doutorado]. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

_____. *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, 2000.

_____. Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, 50 (04): 671-697, 2007.

VELHO, G. (Org.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

VIANNA et all. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, O. V. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, 06 (04): 29-51, 2007.

VIGARELLO, G. *História do Estupro – violência sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1998.

VILHENA, J. As raízes do silêncio. Sobre o estupro feminino. *Cadernos do Tempo Psicanalítico*, Rio de Janeiro, 33, 2001.

VILHENA, J. E ZAMORA, M. H. Além do ato: os transbordamentos do estupro. *Revista Rio de Janeiro*, 12, jan-abril 2004.

WACQUANT, L. *As prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEBER, M. *Economia e Sociedade*. Brasília: Ed. UnB, 1999.

WELZER-LANG, D. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis: UFSC, 2: 460-482, 2001.

WIEVIORKA, M. *La violence*. Paris: Hachette Littératures, 2005.

WOLKMER, A. C. (org.). *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: BOITEUX, 2003.

WRIGHT, E. O. *Class Counts: Comparative Studies in Class Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

WYNNE, R. et all. *Guidance on the prevention of violence at work*. Luxembourg: European Comission, 1997.

YOUNG, J. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan. 2002.

ZAFFARONI, E. R. *Buscando o inimigo: de satã ao direito penal cool*. In: MENEGAT, M e NERI, R. (orgs) *Criminologia e Subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFORONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZALUAR, A. *Masculinidades, crises e violências*. In *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV editora, 2004b.

ZALUAR, A. *Sociabilidade, institucionalidade e violência*. In: *Integração perversa:pobreza e Tráfico de drogas*. Rio de Janeiro:FGV editora,2004a.

ZEHR, H. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2848, 07 de dezembro de 1940.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.

_____. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990.

_____. Lei nº 8930, de 06 de setembro de 1994.

_____. Lei nº 9281, de 04 de junho de 1996.

_____. Lei nº 9975, de 23 de junho de 2000.

_____. Lei nº 11106, de 28 de março de 2005.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.959-7. São Paulo, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006.

BAHIA. Lei nº 3731, de 22 de novembro de 1979.

_____. Lei nº 3880, de 12 de outubro de 1980.

_____. Lei nº 4544, de 17 de outubro de 1985.

_____. Lei nº 4799, de 22 de agosto de 1988.

_____. Lei nº 10845, de 27 de novembro de 2007.

ESPÍRITO SANTO. Apelação criminal nº 008920004580. 23 de novembro de 1994.

GOIÁS. Apelação criminal nº 141940213. 11 de abril de 1995.

ANEXO B - Ficha de levantamento da organização judiciária na Comarca de Ilhéus:

Ficha de organização judiciária da Comarca de Ilhéus

Existência de Varas	Realidade das varas – atual situação	Nº de Juízes	Realidade do número de juízes – atual situação	Serventia – secretaria judicial
Segundo a lei nº 10.845/2007				
03 Varas Cíveis e comerciais – além de suas atribuições julgam registros públicos e acidentes de trabalho				
02 Varas relativos à relações de consumo				
03 Varas de Família, órfãos, sucessões e interditos				
03 Varas Criminais – sendo a 1ª Vara cumulativa relativos a júri				
01 Vara de Execuções penais e Execuções de Medidas Alternativas				
01 Vara da Infância e Juventude com competência para execução para medidas sócio-educativas				
03 Varas Juizados Especiais - quais?				
01 Vara Regional de Conflito Agrário e Meio Ambiente				