

ESTADO DE EXCEÇÃO NOS CASOS DE ESTUPRO JULGADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NO ANO DE 2016¹

Matheus Augusto Wünsche de Oliveira²
Luiz Eduardo Cani³
Sandro Luiz Bazzanella⁴

RESUMO: Os crimes de estupro foram alterados através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Essa alteração gerou implicações na aplicação, dentre as quais a inclusão de qualquer ato libidinoso como requisito para a prática do crime de estupro. Diante dessas implicações, o objetivo geral neste artigo foi analisar se há manifestações do estado de exceção nos processos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no ano de 2016, em que há acusação da prática de crime(s) de estupro. Os objetivos específicos foram: (a) Contextualizar os crimes de estupro e de estupro de vulnerável após a alteração do Código Penal, operada através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009; (b) Identificar os meios processuais através dos quais os casos de estupro podem ser levados a julgamento nos Tribunais de Justiça; (c) Explicitar a definição da categoria estado de exceção como teorizado por Giorgio Agamben; e (d) Analisar os acórdãos dos casos de estupro julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2016. Nesse sentido, o método de abordagem foi o indutivo e o método de procedimento foi a análise de decisões judiciais. Confirmou-se a hipótese de que a exceção se tornou regra, na medida em que a maioria das acusações estava fundada exclusivamente nas palavras dos supostos ofendidos e que a maioria dos processos resultou na condenação dos acusados.

Palavras-Chave: Giorgio Agamben. Biopolítica. Vida nua. Campo de concentração. Poder soberano.

ABSTRACT: Rape crimes were amended through Law No. 12,015 of August 7, 2009. This change has generated implications in the application, including the inclusion of any libidinous act as a requirement for the practice of rape crime. In view of these implications, the general objective of this article was to analyze if there are manifestations of the state of exception in the cases judged by the Court of Justice of Santa Catarina, in the year 2016, in which there is a charge of the crime (s) of rape. The specific objectives were: (a) To contextualize the crimes of rape and rape of vulnerable persons after the amendment of the Penal Code, operated through Law 12,015 of August 7, 2009; (b) Identify the procedural means by which rape cases can be brought to trial in the Courts of Justice; (c) Explain the definition of the category of state of exception as theorized by Giorgio Agamben; and (d) To analyze the judgments of the cases of rape judged by the Court of Santa Catarina between January 1 and December 31, 2016. In this sense, the method of approach was the inductive and the method of procedure was the analysis of decisions judicial proceedings. The hypothesis was confirmed that the exception became a rule in that most of the allegations were based solely on the words of the alleged offenders and that most of the cases resulted in the conviction of the accused.

Keywords: Giorgio Agamben. Biopolitics. Naked life. Concentration camp. Sovereign Power.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio do Programa de bolsas Universitárias do Estado de Santa Catarina – UNIEDU.

² Graduando em Direito – Universidade do Contestado. Email: wunsche41@outlook.com

³ Doutorando em Ciências Criminais – Universidade Pontifícia Católica. Email: luizeduardocani@gmail.com

⁴ Doutor em Ciências Humanas – Universidade do Contestado. E-mail: sandroluizbazzanella@gmail.com

INTRODUÇÃO

A veiculação midiática dos crimes sexuais tem se tornado cada vez mais frequente. Recentemente foi iniciada uma acalorada discussão entre certos setores da sociedade brasileira acerca do conteúdo sexual nas artes, precedida por manifestações públicas de ordem sexual de alguns indivíduos ejaculando em mulheres usuárias de transporte público da cidade de São Paulo, após uma decisão judicial que determinou a soltura de um homem preso em flagrante pela prática de ato semelhante por não ser crime de estupro. Tal prática foi reiterada ainda mais recentemente num voo para Brasília.

Com isso, foi retomada a discussão acerca do que sentido e do limite do crime de estupro, mais especificamente ao ato de constranger para a prática de ato libidinoso. No fundamento da discussão está a reforma dos crimes sexuais através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. No tocante aos crimes de estupro, essa lei criou uma abertura nos preceitos dos tipos legais de estupro, nas hipóteses de ações criminalizadas, através de um elemento objetivo: ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O significado desse ato libidinoso, por não estar expressamente definido no preceito que compõe os tipos legais de estupro e de estupro de vulnerável, tem sido objeto de debates para limitação ou ampliação. Por imposição do princípio constitucional da presunção de inocência, a interpretação das normas criminais e dos fatos apurados nos processos criminais está vinculada à condição sempre mais favorável aos acusados (*favor rei* e *in dubio pro reo*, respectivamente), circunstância proibitiva de uma interpretação ampliativa do que é entendido por ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Apesar disso, não faltam juristas que defendem a possibilidade da prática do crime de estupro independente do contato a pessoa ofendida através da ação libidinosa.

Nesse contexto entre ampliação e restrição do significado do crime de estupro inserimos a temática deste artigo. O referencial teórico para compreender as decisões judiciais é a teoria do estado de exceção, do jurista e filósofo italiano Giorgio Agamben (1942...), como pano de fundo da discussão das ciências jurídico-criminais, mormente do direito criminal. O objetivo geral neste artigo é analisar se há manifestações do estado de exceção nos processos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no ano de 2016, em que há acusação da prática de crime(s) de estupro. Os objetivos específicos são: (a) Contextualizar os crimes de estupro e de estupro de vulnerável após a alteração do Código

Penal, operada através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009; (b) Identificar os meios processuais⁵ através dos quais os casos de estupro podem ser levados a julgamento nos Tribunais de Justiça; (c) Explicitar a definição da categoria estado de exceção como teorizado por Giorgio Agamben; e (d) Analisar os acórdãos⁶ dos casos de estupro julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2016.

Nossa hipótese é que a exceção se tornou regra. Consequentemente, a maior parte dos acórdãos analisados apresentará manifestações do estado de exceção, da suspensão do ordenamento jurídico por comando do Poder Soberano. Este artigo se justifica: (a) pela abordagem inovadora do tema, objetivando compreender se, nos crimes de estupro, há manifestações do estado de exceção; (b) pela dificuldade para efetivar os direitos e as garantias dos acusados⁷, o que em parte se deve ao problema “quase impossível de solucionar” (COUTINHO, 2007, p. 12) da vigência de um Código de Processo Penal gestado durante um período ditatorial (Estado Novo) e de uma Constituição gestada num período de democratização do país após longo período de autoritarismo; (c) a dificuldade para produzir provas em crimes praticados em locais ermos, como é o caso dos crimes de estupro, com alguma frequência é utilizada como justificativa para condenar acusados com base na palavra firme e coerente das vítimas⁸; (d) pela possibilidade de fornecer conhecimento necessário à elaboração de política pública destinada à impedir a condenação de inocentes; e (e) pela possibilidade de contribuir para uma maior compreensão da complexidade das chamadas ciências criminais.

⁵ Especificamente, quais recursos e quais ações autônomas de impugnação podem ser utilizadas.

⁶ Decisões proferidas por colegiados de magistrados.

⁷ Segundo Maurício Zanoide de Moraes, a incompreensão dos atores do processo criminal sobre o significado, motivo e consequência/alcance da presunção de inocência é um dos maiores obstáculos à efetividade desse direito (MORAES, 2010, p. xxvi).

⁸ Apenas a título de exemplo, esse foi o entendimento explicitado pelo desembargador Roberto Lucas Pacheco, em 23 de fevereiro de 2017, no julgamento do recurso de apelação criminal nº 0004347-07.2013.8.24.0025: “O fato de o laudo pericial consignar não haver vestígios de ato libidinoso e, tampouco, de violência contra a vítima, por si só, não tem o condão de afastar a materialidade do delito, pois, **como cediço, o crime de estupro de vulnerável, na maioria das vezes, não deixa vestígios, restando comprovado, então, pela prova testemunhal, principalmente na palavra da vítima, quando firme e coerente.**

Tratando-se de crimes contra a liberdade sexual - geralmente cometidos às escondidas - a palavra da vítima assume forte valor probante, notadamente quando seu depoimento encontra consonância nos demais elementos de prova existentes nos autos, em especial nos depoimentos de sua genitora. [Sem grifos no original]” *In*: BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara Criminal. **Apelação criminal nº 0004347-07.2013.8.24.0025, de Gaspar**. Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 23 fev. 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/integra.do?rowid=AABAg7AADAANrrcAAR&tipo=acordao_5&nuprocesso=0004347-07.2013.8.24.0025&cdprocesso=&arq=pdf. Acesso em 12 mar. 2017.

REVISÃO DA LITERATURA

ASPECTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Giorgio Agamben graduado em direito pela *Università Degli Studi di Roma La Sapienza*, em 1965. Nos anos seguintes dedicou-se ao estudo da filosofia. A obra do jusfilósofo é dividida em duas temáticas. No início da carreira acadêmica publicou textos de estética. Posteriormente escreveu sobre política. Em 1995 escreveu o primeiro livro da obra *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua*. Desde então continua a escrever a obra.

A complexa abordagem de Giorgio Agamben, na obra *homo sacer*, está fundada em cinco chaves de leitura imprescindíveis: biopoder, poder soberano, estado de exceção, campo de concentração e vida nua. A correlação entre essas categorias pode ser sintetizada numa frase, embora a compreensão dessa correlação seja mais complexa do que pode parecer num primeiro momento. A biopolítica é a administrabilidade do corpo biológico da população, exercida pelo Poder Soberano, no espaço demarcado do campo de concentração, através do estado de exceção enquanto técnica de governo. Iniciamos pela definição de Biopoder, o conjunto de mecanismos e técnicas de governo através dos quais as características biológicas da espécie humana entram nos cálculos estratégicos do poder político (FOUCAULT, 2008, p. 3). A introdução desses mecanismos para o controle e vigilância da população num determinado território é chamada de biopolítica. Assim, a biopolítica se apresenta como o paradigma a partir do qual a vida biológica se torna objeto por excelência da política.

Para Michel Foucault (1926-1984), a biopolítica é um fenômeno moderno. Num primeiro momento se manifesta na condição de um biopoder incidindo de forma disciplinar e normatizadora sobre os corpos dos indivíduos, entre os séculos XVI, XVII e XVIII e, num segundo momento, se caracteriza na captura da vida da população pela racionalidade política estatal, manifestando-se a partir das redefinições nas estratégias de saber e poder, entre os séculos XIX e XX, como forma de superação do poder soberano, o qual tinha do direito de matar e/ou deixar viver, para o exercício de um poder soberano que passa a fazer viver e/ou deixar morrer. Agamben dá continuidade à obra biopolítica de Foucault, interrompida pela morte precoce desse pesquisador aos 57 anos. Na década de 1970, Foucault tomou o direito como objeto, analisou as relações de poder em diversas instituições, mas não chegou a tomar o Judiciário como objeto de estudo. Na década de 1980 interrompeu brevemente os estudos acerca do poder e das instituições para se

dedicar à subjetividade. Apesar da continuidade da obra, existem divergências entre os pesquisadores acerca do surgimento da biopolítica.

Para Agamben a política se manifesta como biopolítica desde os primórdios da condição humana no Ocidente, evidenciando-se em toda sua virulência na modernidade. Assim, desde seus primórdios civilizatórios, o poder soberano se manifesta através do permanente estado de exceção, cuja característica é a indistinção entre a legalidade e a ilegalidade, perpetuando por meio da legalidade a ilegalidade, incluindo a vida humana num aparato de direitos, mas ao mesmo tempo transformando-a em vida nua, destituída de direitos e, portanto, matável.

[...] para Agamben toda a política sempre foi biopolítica. Aqui é preciso ter presente de que apesar de Agamben dar continuidade às pesquisas de Foucault em certas temáticas, isto não significa uma linha de continuidade, senão também de divergências analíticas, como no caso do conceito de biopolítica em que se evidenciam diferenças entre os dois filósofos. Para Michel Foucault, a biopolítica é um fenômeno moderno. Num primeiro momento se manifesta na condição de um biopoder incidindo de forma disciplinar e normatizadora sobre os corpos dos indivíduos, entre os séculos XVI, XVII e XVIII e, num segundo momento, se caracteriza na captura da vida da população pela racionalidade política estatal, manifestando-se a partir das redefinições nas estratégias de saber e poder, entre os séculos XIX e XX, como forma de superação do poder soberano, o qual tinha do direito de matar e/ou deixar viver, para o exercício de um poder soberano que passa a fazer viver e/ou deixar morrer. Para Agamben a política se manifesta como biopolítica desde os primórdios da condição humana no Ocidente, evidenciando-se em toda sua virulência na modernidade. Assim, desde seus primórdios civilizatórios, o poder soberano se manifesta através do permanente estado de exceção, cuja característica é a indistinção entre a legalidade e a ilegalidade, perpetuando por meio da legalidade a ilegalidade, incluindo a vida humana num aparato de direitos, mas ao mesmo tempo transformando-a em vida nua, destituída de direitos e, portanto, matável (BAZZANELLA, 2015, sem paginação).

A operacionalização do biopoder, a implementação da biopolítica, se dá através de mecanismos de vigilância e de controle da população, que se torna o recurso disponível no território do estado. Um desses mecanismos biopolíticos é o estado de exceção que se apresenta como suspensão do direito para preservar o ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 23). Na verdade, a suspensão do direito se dá sob o argumento de necessidade da preservação do direito, do ordenamento jurídico, embora a veracidade desse argumento seja muitas vezes, senão todas, discutível. Ordenamento jurídico significa ação de ordenar o jurídico. O jurídico é ordenado através de um conjunto de normas que resultam da interpretação de textos legais, judiciais, científicos e administrativos. Os textos legais, também chamados de leis, possuem uma hierarquia: a constituição é a norma superior, abaixo da qual estão as leis complementares federais, as leis ordinárias e leis delegadas

federais, as constituições estaduais, as leis complementares estaduais, as leis ordinárias e delegadas estaduais, as leis orgânicas dos municípios (equivalentes a constituições municipais), leis complementares municipais, leis ordinárias e leis delegadas municipais. Os textos judiciais são decisões de juízes dos tribunais superiores, dos tribunais estaduais e regionais federais e dos juízes de primeira instância. Os textos científicos são as obras de juristas acerca do direito, proposições de interpretação de textos legais. Os textos administrativos são atos da administração para interpretação de textos legais: portarias, decretos, resoluções, instruções normativas etc.

O mais paradoxal na ordenação, na conformação, do campo jurídico, é o fato de, como toda ordem, o ordenamento estar fundamentado numa decisão, não numa norma (SCHMITT, 2006, p. 11). Mais que isso, toda decisão é, antes de tudo, uma política. Compreender isso não é tarefa simples, sobretudo se reduzirmos as decisões ao binômio decisões políticas e decisões jurídicas. Aplicar o direito, reafirmando o ordenamento jurídico, antes de resultar numa decisão jurídica, é consequência da decisão política de reafirmar o ordenamento jurídico, de preservá-lo. O poder soberano é responsável por decidir sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2006, p. 9). A matriz jurídico-política que constitui os Estados de Direito em que estamos inseridos, na qual o poder soberano decide sobre o estado de exceção, conduz à constituição e à afirmação de que o campo de concentração se tornou o paradigma da contemporaneidade (AGAMBEN, 2002, p. 182). Ao operar em constante estado de exceção, o poder soberano inclui e exclui os indivíduos e, com isso, transforma a população em *homines sacri*, vida nua, pessoas matáveis, que podem ser mortas, ao ser abandonadas à própria sorte, mas não podem ser sacrificadas, não podem ser submetidas a rituais de sacrifício (AGAMBEN, 2002, 80-81).

Para compreender o estado de exceção é necessário compreender que o fundamento do ordenamento jurídico é a violência originária. Assim, em nome da preservação da ordem o poder soberano, que é aquele que decide politicamente, pode suspender o ordenamento jurídico, lançando a todos em estado de insegurança jurídica. Ao decidir pelo estado de exceção as técnicas de governo de controle e vigilância dos corpos e das mentes dos indivíduos se apresentam em toda sua contundência. Desse modo, o sujeito responsável por utilizar-se dos mecanismos de biopoder é o poder soberano que atua decidindo sobre o estado de exceção, sobre a suspensão do direito para incluir e excluir indivíduos através de decisões políticas. Essas decisões políticas podem resultar no reconhecimento ou não de direitos a determinada pessoa ou determinado grupo de pessoas

(p. ex. suspensão de direitos trabalhistas na reforma à consolidação das leis do trabalho). As decisões do poder soberano sobre o estado de exceção colocam-nos numa situação paradoxal, chamada de paradigma do campo de concentração: o poder soberano está ao mesmo tempo dentro e fora da ordem jurídica, pois pode aplicá-la ou ignorá-la, enquanto a população se torna refém dos (des)mandos do poder soberano, tornando-se vida matável, mas não sacrificável (p. ex. podemos morrer em intermináveis filas de hospitais sem receber atendimento médico, mas não podemos ser mortos pelos profissionais da saúde, nem se quisermos ser eutanasiados).

PROBLEMÁTICAS EM TORNO DOS TIPOS LEGAIS DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O atual código penal brasileiro é a terceira lei tupiniquim destinada à criminalização de condutas indesejadas. A primeira, chamada código criminal, foi a lei de 16 de dezembro de 1830. A segunda, foi a lei nº 847, de 11 de outubro de 1890, chamado de código penal da primeira república. A terceira foi outorgada por Getúlio Vargas, em pleno Estado Novo, através do decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Desde a redação original de 1940, temos diversos crimes sexuais. A diferença está nos chamados tipos legais, as condutas hipotéticas criminalizadas. Na redação original, havia os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, previstos nos art. 213 e 214, respectivamente. O primeiro correspondia à prática forçada de conjunção carnal e o segundo à prática forçada de outro ato sexual. Esses crimes não possuíam uma modalidade especializada em relação aos ofendidos menores de 14 anos e nem com enfermidade ou doença mental⁹, embora houvesse uma causa especial de aumento da pena se o ofendido fosse menor de 14 anos. Com a aprovação da Lei nº 12.015/09 o Código Penal foi alterado e foi substituída a terminologia de crimes contra os costumes por crimes contra a dignidade sexual (BITENCOURT, 2012, p. 88), bem como diversos crimes sexuais foram alterados. As alterações mais importantes para a temática deste artigo foram a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor sob o nome de estupro e a criação de um crime de estupro praticado contra menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais. Os crimes passaram a estar previstos nos art. 213 e 217-A, respectivamente.

⁹ Está-se utilizando a terminologia prevista no código penal.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º. Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º. (VETADO)

§ 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º. Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009).

O crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, é praticado através do constrangimento, que significa restringir a liberdade, forçar ou coagir com a finalidade de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso (NUCCI, 2017, p. 684). O meio através do qual o constrangimento é praticado é a violência ou a ameaça de violência. Já o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, é praticado através da realização conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa sem capacidade para manifestar consentimento: menor de 14 anos ou com enfermidade ou deficiência mental (NUCCI, 2017, p. 707). Colocando em miúdos, foram criminalizadas as ações de ter e de praticar ato libidinoso.

Os aspectos comuns entre os tipos legais são os atos sexuais criminalizados: a) conjunção carnal, que significa cópula vaginal, ato sexual exclusivamente praticável entre homem e mulher (NUCCI, 2017, p. 688); e b) outro ato libidinoso, que significa qualquer ato sexual com a finalidade de satisfazer a lascívia, os desejos sexuais (NUCCI, 2017, p. 690). Em relação ao ato libidinoso diverso da conjunção carnal, advertimos para o fato de, em muitos casos, significar uma antecipação do momento de consumação do crime. Quer dizer, o momento a partir do qual estava concluído o ato criminoso foi antecipado para um estágio definido anteriormente como tentativa. A principal diferença entre o estupro e o estupro de vulnerável é a qualidade do ofendido: a) no estupro, o ofendido deve ter ao menos 14 anos e deve ter desenvolvimento mental completo; e b) no estupro de vulnerável,

o ofendido deve ter menos de 14 anos, ter enfermidade ou doença mental que reduza o discernimento sobre as relações sexuais, ou, por qualquer motivo, não pode recusar o ato sexual.

Corolário dessa diferença é a distinção entre os modos de execução das modalidades de estupro, as formas através das quais podem ser praticadas: a) no estupro, o ato sexual deve ser realizado mediante constrangimento; e b) no estupro de vulnerável, basta a prática do ato sexual, ou seja, a violência no crime de estupro de vulnerável é presumida na através da Lei nº 12.015/09 (GRECO, 2017, p. 1185-1189).

Há três principais problemas advindos com a reforma dos crimes sexuais¹⁰. O primeiro consiste na amplitude e indeterminabilidade do termo ‘ato libidinoso diverso da conjunção carnal’ que pode ocasionar tratamentos desiguais e gera dúvidas acerca de quais ações se adequam ao tipo legal. Corolário disso é a equivalência de ações com resultados completamente desproporcionais, ou seja, a punição de quem apenas esfrega o corpo no ofendido com a mesma pena aplicada a quem pratica coito vaginal ou anal¹¹. Outrossim, atos que antes eram interpretados como tentativa de estupro, passaram a ser interpretados como o próprio estupro. O segundo é a dificuldade para produzir provas nesses crimes, sobretudo em relação aos outros atos libidinosos, o que tende à flexibilização da presunção constitucional de inocência dos acusados. O terceiro é a neutralização da liberdade sexual de pessoas com enfermidade ou doença mental, ainda que transitória, sob a alegação de não ter o ‘necessário discernimento’, como se discernimento fosse algo objetivo ou algo que pode ser mensurado, metrificado.

Em razão desses problemas, sabe-se que as interpretações aos tipos legais e também aos fatos relacionados aos casos de estupros são as mais variadas. Nalgumas vezes, a interpretação é no sentido de que o crime de estupro independe do contato com o corpo do ofendido. Noutras vezes, a ação realizada pelo agente pode não ser reconhecida como constrangimento, como ocorreu em relação aos casos de ejaculação referidos anteriormente. Por fim, a dificuldade para provar os fatos tem sido mitigada através da valorização dos depoimentos dos supostos ofendidos, que passam a preponderar em relação às narrativas dos arguidos, mormente nos casos em que as narrativas acusatória e defensiva não podem ser corroborados por outras provas.

¹⁰ Na verdade, são vários problemas. Contudo, diversos desses problemas são comuns a todo o funcionamento do sistema criminal. Eis o motivo pelo qual os preterimos.

¹¹ Não ignoramos a gravidade de qualquer desses crimes, somente questionamos que os fatos são distintos, mas o tratamento jurídico-criminal é o mesmo.

MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi aplicada com consulta a fontes primárias e secundárias. As fontes primárias foram as decisões judiciais encontradas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. As fontes secundárias foram artigos científicos, livros e capítulos de livros. O método de abordagem foi o indutivo e o método de procedimento foi a análise de decisões judiciais¹². Foram utilizadas o fichamento e o conceito operacional como técnicas de pesquisa. Fizemos análise qualitativa do conteúdo dos acórdãos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Coletamos os acórdãos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no campo Jurisprudência¹³. Definimos os seguintes parâmetros de pesquisa: (a) abrangência da busca: ementa; (b) pesquisar em: acórdãos do Tribunal de Justiça; (c) procurar resultados: com a expressão; (d) expressões: estupro; (e) período entre: 01/01/2016 e 31/12/2016; e (f) órgão julgador: seleção rápida: direito criminal. Através desses critérios foram localizados 602 acórdãos. Diante da quantidade significativa de fontes, optamos por tomar uma amostragem. Inicialmente, utilizamos uma calculadora amostral¹⁴ para definir a amostragem a partir dos seguintes critérios: (a) erro amostral: 10%; (b) nível de confiança: 90%; e (c) população: 602. A amostra necessária foi calculada em 61 acórdãos. A calculadora opera com o seguinte cálculo:

$$n = \frac{N \cdot Z^2 \cdot p \cdot (1 - p)}{Z^2 \cdot p \cdot (1 - p) + e^2 \cdot (N - 1)}$$

Adotamos a técnica da amostragem probabilística sistemática. Primeiramente salvamos todos os acórdãos numa pasta do sistema operacional *Windows*. Posteriormente organizamos os arquivos de acordo com a data de modificação, o que fez com que

¹² “1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;

2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e

3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos” (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 7).

¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁴ SANTOS, Glauber Eduardo de Oliveira. **Cálculo amostral**: calculadora on-line. Disponível em: <<http://www.calculoamostral.vai.la>>. Acesso em: 11 out. 2017.

estivessem na ordem de gravação no disco rígido que corresponde também à ordem de localização no sítio eletrônico. Em seguida dividimos os 602 acórdãos pela amostra necessária de 61 acórdãos. O intervalo amostral correspondeu a 9,86. Por tratarmos de número quebrado, fizemos um intervalo de 9 e outro de 10, gerando um intervalo médio de 9,5. Iniciamos a análise pelo primeiro acórdão salvo, desconsiderando os próximos 8, no intervalo seguinte foram desconsiderados os próximos 9 e, assim, repetidamente. Ao final restou um intervalo de 31 itens entre o último acórdão selecionado e o último existente na pasta.

Para analisar o conteúdo dos 61 acórdãos tomamos como ponto de partida os três problemas elencados no referencial acerca dos crimes de estupro. Desse modo, fizemos a leitura atenta de cada um dos acórdãos e destacamos trechos relacionados aos problemas descritos. Em seguida, anotamos às margens dos arquivos as informações mais relevantes. Especificamente, anotamos se foi encontrado algum dos problemas descritos e a solução dada pelos julgadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Dentre os acórdãos selecionados na amostra, 1 foi proferido em recurso em sentido estrito¹⁵, 9 foram proferidos em *habeas corpus*¹⁶, 3 em revisões criminais¹⁷ e 48 em apelações criminais¹⁸. Analisamos essas decisões a partir de três variáveis, cada uma relacionada a um dos principais problemas da nova lei dos crimes sexuais, elencados no referencial teórico. Dentre os 61 casos, 1 não é objeto da pesquisa. Isso porque decorreu de uma denúncia caluniosa de estupro, ou seja, o crime de estupro foi falsamente atribuído a pessoa inocente e o acórdão tratava do julgamento da pessoa que denunciou

¹⁵ 0000488-55.2015.8.24.0043.

¹⁶ 4001533-24.2016.8.24.0000, 4001821-69.2016.8.24.0000, 4004469-22.2016.8.24.0000, 4007200-88.2016.8.24.0000, 4010909-34.2016.8.24.0000, 4013710-20.2016.8.24.0000, 4001795-71.2016.8.24.0000, 4006938-41.2016.8.24.0000 e 4011556-29.2016.8.24.0000.

¹⁷ 4005997-91.2016.8.24.0000, 4006643-04.2016.8.24.0000 e 0139644-90.2015.8.24.0000.

¹⁸ 0002318-88.2012.8.24.0034, 0003022-65.2013.8.24.0067, 0000620-03.2011.8.24.0060, 0001008-76.2014.8.24.0034, 0001054-40.2013.8.24.0086, 0001305-88.2007.8.24.0047, 0001383-48.2011.8.24.0013, 2015.081226-7, 0005178-31.2010.8.24.0067, 0036588-11.2011.8.24.0023, 0000003-96.2016.8.24.0018, 0000006-87.2014.8.24.0061, 0000019-93.2016.8.24.0036, 0000093-39.2014.8.24.0030, 0000112-68.2015.8.24.0011, 0000689-75.2013.8.24.0024, 0000743-14.2012.8.24.0012, 0000754-15.2015.8.24.0052, 0000823-71.2015.8.24.0141, 0001067-58.2015.8.24.0057, 0001073-81.2010.8.24.0076, 0001100-66.2009.8.24.0119, 0001262-43.2011.8.24.0167, 0001291-04.2014.8.24.0001, 0001348-92.2013.8.24.0086, 0001609-68.2015.8.24.0189, 0001673-92.2013.8.24.0013, 0001846-12.2007.8.24.0051, 0002459-83.2015.8.24.0008, 0002583-42.2015.8.24.0113, 0002856-62.2015.8.24.0067, 0002862-29.2013.8.24.0103, 0002906-94.2010.8.24.0057, 0003101-06.2014.8.24.0036, 0003161-73.2010.8.24.0050, 0003952-74.2010.8.24.0007, 0004956-12.2011.8.24.0008, 0006230-21.2013.8.24.0079, 0010020-65.2014.8.24.0018, 0010688-07.2013.8.24.0039, 0010937-18.2008.8.24.0011, 0011631-47.2011.8.24.0054, 0014519-92.2014.8.24.0018, 0014877-25.2014.8.24.0061, 0016155-64.2012.8.24.0018, 0039284-04.2013.8.24.0038, 0153845-24.2014.8.24.0000 e 0807293-40.2014.8.24.0038.

caluniosamente a pessoa inocente de praticar o crime de estupro¹⁹. Dentre os 60 acórdãos analisados, localizamos 6 casos de absolvição dos acusados. Em 4 dos casos²⁰, as supostas ofendidas eram menores de 14 anos e praticaram atos libidinosos com namorados maiores de 18 anos, o que levou os julgadores a reconhecer que não seria possível reconhecer a presunção de violência para caracterizar o crime de estupro, e noutro caso o acusado foi absolvido em razão da união estável com a ofendida que, à época dos fatos, era enteada dele²¹. No quarto caso, o acusado foi absolvido por não haver indícios suficientes de que teria praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal com pessoa vulnerável²². Num dos casos, a condenação foi revisada porque as testemunhas de acusação alteraram a narrativa dos fatos²³.

Dentre os 54 acórdãos remanescentes, não foi possível analisar 8²⁴, pois a tese arguida na via processual era exclusivamente acerca fundamentação da prisão preventiva, da quantidade de pena ou não foi analisada por ausência de alguma formalidade. Nos outros 46 acórdãos, houve manifestação de estado de exceção em pelo menos 1 dos 3 principais problemas decorrentes da alteração dos crimes de estupro. Os demais problemas foram agrupados em três categorias. A primeira relacionada à punição de atos que antes demarcariam tentativa do estupro. A segunda relacionada à desproporção da punição por atos libidinosos de modo tão severo quanto o próprio ato sexual. A terceira relacionada à fragilidade ou inexistência de provas.

Para analisar essas categorias, consideramos as narrativas constantes nos acórdãos, de modo que descrições de ações diversas da conjunção carnal foram consideradas na primeira ou na segunda categorias. A narrativa exclusivamente fundada na palavra do suposto ofendido foi considerada na terceira categoria, ainda que houvesse ‘testemunhas’ indiretas²⁵. Os resultados obtidos confirmaram a hipótese quase integralmente, pois a exceção foi transformada em regra e não foi necessário muito esforço

¹⁹ Apelação criminal nº 0002318-88.2012.8.24.0034.

²⁰ Apelações criminais nº 0001054-40.2013.8.24.0086, 0000620-03.2011.8.24.0060, 0001305-88.2007.8.24.0047 e 0001383-48.2011.8.24.0013.

²¹ Advertimos para o fato de que, antes da reforma dos crimes sexuais, o casamento entre agente e ofendido tornava o agente isento de pena, extinguindo-lhe a punibilidade.

²² Apelação criminal nº 0001008-76.2014.8.24.0034.

²³ Revisão criminal nº 0139644-90.2015.8.24.0000.

²⁴ Apelação criminal nº 0003022-65.2013.8.24.0067. Habeas corpus nº 4001533-24.2016.8.24.0000, 4001821-69.2016.8.24.0000, 4004469-22.2016.8.24.0000, 4007200-88.2016.8.24.0000, 4010909-34.2016.8.24.0000 e 4013710-20.2016.8.24.0000. Revisão criminal nº 4006643-04.2016.8.24.0000.

²⁵ A categoria é uma aberração, na medida em que a suposta testemunha indireta nada testemunhou, somente ouviu boatos. Daí porque Aury Lopes Jr. (2015) advoga a proibição dessa modalidade de prova que, na verdade, nada prova.

para a condenação dos acusados da prática de crimes de estupro, enquanto a absolvição esteve muito mais relacionada a critérios aleatórios. Dentre esses fatores aleatórios está a sorte de ser julgado por determinado julgador, a existência de testemunhas de defesa, os problemas pessoais entre acusado e suposto ofendido etc. Ainda que essas circunstâncias não tenham servido do mesmo modo noutros casos.

Dissemos isso porque, dos 46 acórdãos restantes, num a palavra da ofendida estava aliada à existência de esperma periciado e compatível com o DNA do acusado²⁶ e noutro o acusado confessou o crime²⁷. Os demais 44 casos criminais estavam fundados exclusivamente nas palavras dos supostos ofendidos corroboradas por testemunhos indiretos e perícias indiretas²⁸, sem localização de material genético que comprove as lesões eventualmente atestadas por perito. Em 26 casos, os atos imputados aos acusados seriam preparatórios do crime de estupro e punidos, portanto, de modo desproporcional^{29,30}. Nos outros casos, foram imputados atos sexuais correspondentes a obrigar o ofendido a praticar sexo oral no agente ou a consentir a prática de sexo vaginal ou anal. Por fim, em 3³¹ dos 44 acórdãos, a fragilidade das provas foi reconhecida e o acusado foi condenado pela prática da contravenção criminal de importunação ofensiva ao pudor.

²⁶ Apelação criminal nº 0036588-11.2011.8.24.0023.

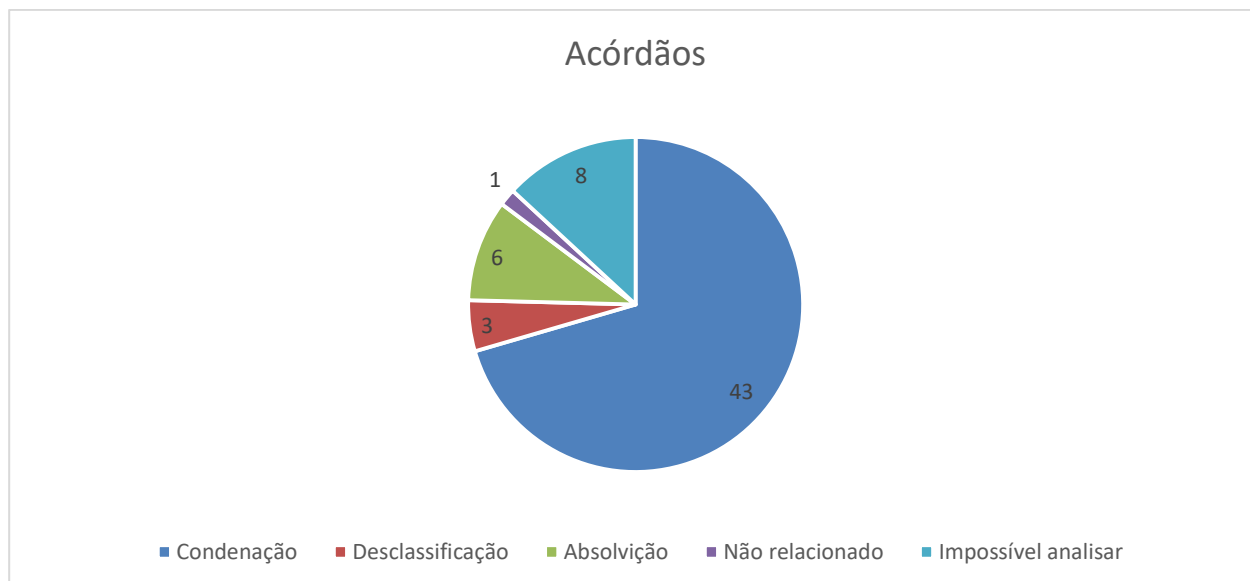
²⁷ Apelação criminal nº 2015.081226-7.

²⁸ Perícias acerca das narrativas apresentadas pelos supostos ofendidos, sem qualquer outro elemento que possa comprovar as alegações.

²⁹ Apelações criminais nº 0001609-68.2015.8.24.0189, 0002856-62.2015.8.24.0067, 0000754-15.2015.8.24.0052, 0001067-58.2015.8.24.0057, 0000743-14.2012.8.24.0012, 0000689-75.2013.8.24.0024, 0000112-68.2015.8.24.0011, 0000093-39.2014.8.24.0030, 0000019-93.2016.8.24.0036, 0000006-87.2014.8.24.0061, 0000003-96.2016.8.24.0018, 0002459-83.2015.8.24.0008, 0001673-92.2013.8.24.0013, 0001291-04.2014.8.24.0001, 0011631-47.2011.8.24.0054, 0010020-65.2014.8.24.0018, 0010688-07.2013.8.24.0039, 0003952-74.2010.8.24.0007, 0003161-73.2010.8.24.0050, 0003101-06.2014.8.24.0036, 0016155-64.2012.8.24.0018, 0014877-25.2014.8.24.0061, 0014519-92.2014.8.24.0018, 4011556-29.2016.8.24.0000 e 0001100-66.2009.8.24.0119.

³⁰ No recurso em sentido estrito nº 0000488-55.2015.8.24.0043, o crime de estupro foi imputado ao acusado porque, após matar a esposa, passou a mão na vagina do cadáver.

³¹ Apelações criminais nº 0001100-66.2009.8.24.0119, 0001609-68.2015.8.24.0189 e 0016155-64.2012.8.24.0018.



Dentre esses resultados, desconsiderado o acórdão do crime de denunciação caluniosa, um único caso não estava fundado exclusivamente na palavra dos supostos ofendidos. Dentre as condenações, somente uma não foi fundada exclusivamente na palavra da ofendida, o que representa um percentual de condenação de 71,18%³² das imputações fundadas exclusivamente na palavra dos supostos ofendidos. Por fim, dentre os 52 casos efetivamente analisados³³, as imputações de estupro em 29 casos, 55,76%, estiveram relacionadas à suposta prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, o que implica numa antecipação do momento em que o crime é consumado e numa punição desproporcional.

CONCLUSÃO

Biopoder é o conjunto de mecanismos e técnicas de governo através dos quais as características biológicas da espécie humana entram nos cálculos estratégicos do poder político. A introdução desses mecanismos para o controle e vigilância da população num determinado território é chamada de biopolítica. Assim, a biopolítica se apresenta como o paradigma a partir do qual a vida biológica se torna objeto por excelência da política. A administrabilidade do corpo biológico da população, definição de biopolítica, é exercida pelo Poder Soberano, no espaço demarcado do campo de concentração, através do estado

³² Dos 59 casos, 43 resultaram em condenação, 1 com provas além da palavra dos ofendidos. Desse modo, o cálculo que fizemos foi: $100 / 59 * 42 = 71,18\%$.

³³ Excetuados os 8 acórdãos sem informações suficientes para a análise e o acórdão do crime de denunciação caluniosa.

de exceção enquanto técnica de governo. O Poder Soberano, não necessariamente estatal, é responsável por decidir sobre o estado de exceção, sobre o uso dessa técnica de exercício do biopoder.

Ao decidir sobre a criminalização de determinadas ações, o Poder Soberano exerce a violência da escolha, num processo de inclusão-exclusão. Inclui no rol de criminosos os indivíduos que praticam aquelas condutas definidas como criminosas, excluindo-os do rol de detentores de alguns direitos. Outras variáveis são excluídas, como a possibilidade de contestar o próprio ato de criminalização. Em relação aos crimes de estupro, o estado de exceção parece ter se manifestado num duplo viés. Primeiramente na inclusão de ações, anteriormente atentatórias, como consumação, conclusão da ação, dos crimes de estupro, excluindo todas as demais formas de definição do fenômeno, criando punições desproporcionais e suspendendo direitos dos ofendidos e dos agentes. Em seguida, no julgamento dos casos através da exceção, fundado exclusivamente na versão do suposto ofendido.

Tudo isso convergiu para a verificação da hipótese formulada: a exceção se tornou regra. O direito é suspenso pelo Poder Soberano, formado por um conjunto de corporações transnacionais, que atua para satisfazer os próprios interesses ao cobrar a contraprestação pelo financiamento de campanhas políticas. Outros fatos observados na análise dos acórdãos, que chamaram atenção mas não ultrapassam o objeto de discussão deste artigo, foram a quantidade de decisões unânimes³⁴, a quantidade de denúncias cujos crimes imputados não são delimitados temporalmente³⁵, chamadas de denúncias genéricas³⁶, e a confusão entre restrição da produção de provas no *habeas corpus* e a possibilidade de análise exauriente das provas que acompanham a petição inicial³⁷.

REFERÊNCIAS

³⁴ Dentre os 61 acórdãos, somente 3 não foram decididos por unanimidade: 0000003-96.2016.8.24.0018, 0010688-07.2013.8.24.0039 e 0001054-40.2013.8.24.0086.

³⁵ Dentre os acórdãos analisados, somente foram delimitadas temporalmente as imputações nestes casos: 0001067-58.2015.8.24.0057, 0000754-15.2015.8.24.0052, 0000093-39.2014.8.24.0030, 0000019-93.2016.8.24.0036, 0000006-87.2014.8.24.0061, 0002583-42.2015.8.24.0113, 0002459-83.2015.8.24.0008, 0001846-12.2007.8.24.0051, 0001348-92.2013.8.24.0086, 0010688-07.2013.8.24.0039, 0003101-06.2014.8.24.0036, 0807293-40.2014.8.24.0038, 0016155-64.2012.8.24.0018, 4011556-29.2016.8.24.0000, 0036588-11.2011.8.24.0023, 2015.081226-7, 4007200-88.2016.8.24.0000 e 4001533-24.2016.8.24.0000.

³⁶ Em três acórdãos não foi possível analisar se a denúncia era genérica ou delimitada: 4010909-34.2016.8.24.0000, 4006643-04.2016.8.24.0000 e 0001383-48.2011.8.24.0013.

³⁷ Nesse sentido é imprescindível a crítica de Aury Lopes Jr. (2012, p. 1326-1327).

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. Volume 1. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001.

BAZZANELLA, Sandro Luiz. *A centralidade da vida em Nietzsche e Agamben frente à metafísica ocidental e a biopolítica contemporânea*. 2010. 472 f. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

_____. *A sacralização do dispositivo da economia e o esvaziamento da política*. Revista do Instituto Humanitas da Unisinos, São Leopoldo, 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/6022-sandro-luiz-bazzanella>>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara Criminal. Apelação criminal nº 0004347-07.2013.8.24.0025, de Gaspar. Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 23 fev. 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/integra.do?rowid=AABAg7AADAANrrcAAR&tipo=acordao_5&nuprocesso=0004347-07.2013.8.24.0025&cdprocesso=&arq=pdf>. Acesso em 12 mar. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 11-13, 2007.

DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS FILHO, Roberto; **LIMA**, Thalita Moraes. *Metodologia de análise de decisões – MAD*. Universitas Jus, Brasília, nº 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada*. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 out. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out->

[30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2](#)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in)comum das ‘obviedades’ reveladas. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TRINDADE, André Karam. Quem devem ser os guardiões da Constituição? Consultor Jurídico, São Paulo, 8 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-08/diario-classe-quem-guardioes-constituicao>>. Acesso em: 12 mar. 2017.