



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE DIREITO

LAIS CORREIA CAMPOS CAPISTRANO

**DA MULHER HONESTA À NOMEAÇÃO DO FEMINICÍDIO:
RUPTURAS E PERMANÊNCIAS NO TRATAMENTO DO FEMININO À LUZ DA
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

FORTALEZA

2021

LAIS CORREIA CAMPOS CAPISTRANO

DA MULHER HONESTA À NOMEAÇÃO DO FEMINICÍDIO:
RUPTURAS E PERMANÊNCIAS NO TRATAMENTO DO FEMININO À LUZ DA
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C242m Capistrano, Lais Correia Campos.
Da Mulher Honesta à Nomeação do Femicídio : Rupturas e Permanências no tratamento do Feminino à luz da Legislação Penal Brasileira / Lais Correia Campos Capistrano. – 2021.
77 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas .
1. Epistemologia Jurídica Feminista . 2. Legislação Penal Brasileira . 3. Permanências . 4. Rupturas . 5. Retrato Feminino . I. Título.

CDD 340

LAIS CORREIA CAMPOS CAPISTRANO

DA MULHER HONESTA À NOMEAÇÃO DO FEMINICÍDIO:
RUPTURAS E PERMANÊNCIAS NO TRATAMENTO DO FEMININO À LUZ DA
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito. Área de
concentração: Direito Penal.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Anna Gabriella Pinto da Costa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos Santos
Escola Superior do Ministério Público (ESMP/CE)

A Deus.

Aos meus pais, Luis e Janaina.

Às minhas amadas Vó Silvia e Tia Vlândia, *in
memoriam*

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, por todas as bênçãos que me foram concedidas e por cuidar de cada um dos meus passos.

Aos meus pais, Luis e Janaina, que para além de serem meu porto seguro e maiores apoiadores de todas as minhas empreitadas, me inspiram todos os dias a lutar pelos meus objetivos, ser resiliente, buscar a realização dos meus sonhos e oferecer o meu melhor sempre. Obrigada por acreditarem e investirem em mim até nos momentos em que eu mesma duvidei que seria capaz.

À pequena Maria Rita, que com sua alegria contagiante, risada fácil e abraço carinhoso, me motiva a seguir em frente e me ensina, mesmo com tão pouca idade, muito sobre a vida, bem como a Fabrícia e ao Franklin, que tão bem desempenham os papéis de irmãos mais velhos, e ao meu sobrinho afillhado Luis Antônio, menino dono dos olhos que sorriem.

À minha amada e para sempre lembrada Vó Sílvia, que nos deixou no interstício entre a conclusão e a defesa deste trabalho, *in memoriam*. A ela, que tanto sonhava com o dia de minha formatura, restam o meu amor e gratidão infinitos. A dor pela partida, que ainda é latente, só encontra consolo na certeza de que ela, para além de estar vibrando mais que todos por esta conquista acadêmica, ficará guardada na palma da mão divina, até que de novo nos encontremos.

À minha querida Tia Vlândia, *in memoriam*, porque mesmo na saudade, ela nunca se fez ausente. Ela permanece aqui, e segue repetindo baixinho sempre que eu preciso ouvir: “Deus é bom o tempo todo, o tempo todo Deus é bom”.

Aos meus avós, pela torcida incondicional que sempre me dirigiram, aos meus tios, por todo o suporte e pela presença constante. Aos meus primos e demais familiares, os quais, na oportunidade, de logo rogo indulgência face a impossibilidade de nominá-los um a um.

Ao Dr. Marcus Renan, que há anos me concede a honra e o privilégio de o assessorar, enquanto generosamente me proporciona aulas diárias e me fornece as diretrizes para trilhar minha carreira profissional, aqui registro minha imprescritível gratidão. Agradeço, ainda, por ter prontamente aceito integrar a banca avaliadora do presente trabalho acadêmico.

À Professora Raquel Coelho de Freitas, por sua valorosa orientação e indispensável contribuição para a realização da presente pesquisa, e, sobretudo, por muito me inspirar com sua trajetória acadêmica e profissional.

À Mestranda Anna Gabriella Pinto da Costa, por tão gentilmente ter aceito compor

a banca avaliadora deste trabalho.

Aos meus amigos, que tornaram mais leve essa jornada, especialmente à estimada Mathilde, por todos os conselhos e conversas longas, assim como João Bosco, que muito contribuiu para a conclusão desta monografia.

Ao Ministério Público do Estado do Ceará, onde aprendi, além de valiosas lições acadêmicas, a sentir a dor do outro, exercitar minha empatia e lutar pela justiça. Agradeço, igualmente, a todos os servidores, colaboradores e estagiários do Órgão.

À Universidade Federal do Ceará e a Universidade de Fortaleza, que no curso dos últimos anos se revelaram extensões de minha casa, bem como a todos os professores que iluminaram minha jornada e aos funcionários indispensáveis ao pleno funcionamento de ambas as instituições.

Ao Programa de Monitoria da Universidade de Fortaleza, que me fez encantar pela docência e descobrir o meu lugar no mundo. Agradeço, nesta oportunidade, a cada um dos quase trezentos alunos que tive a honra de auxiliar, especialmente àqueles com quem criei sinceros vínculos de amizade, mantidos até os dias atuais.

Ao Colégio Art & Manha, onde passei minha infância e tive as primeiras lições sobre o mundo das palavras, para além de ensinamentos éticos e morais que moldaram meu caráter e me fizeram apaixonar pelo bom e pelo justo.

Aos professores que marcaram minha trajetória estudantil em outras instituições, especialmente a Irmã Nádia, que com sua sensibilidade me fez despertar para o mundo do direito, e ao Professor Sampaio, que me proporcionou a atividade confirmatória da minha escolha. Ambos os mestres, ressalte-se, foram grandes responsáveis pela decisão que determinou meu futuro.

À todas as mulheres que vieram antes de mim, e, de muitas maneiras, possibilitaram que hoje eu trilhasse os caminhos que escolhi.

A todos aqueles que participaram, direta ou indiretamente, da minha formação pessoal, acadêmica e profissional, “eu sou porque nós somos”.

“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja nossa própria substância, já que viver é ser livre.”
(Simone de Beauvoir)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como escopo revisitar a história do retrato feminino na legislação penal brasileira, perpassando por todos os diplomas criminais que já tiveram vigência no País, ou seja, percorre das Ordenações do Reino de Portugal ao Código Penal de 1940, com suas posteriores alterações. Propõe discussões acerca das escolhas legislativas que permearam os normativos supramencionados e o imaginário jurídico, abordando desde as opções terminológicas (como a utilização das expressões “Mulher Honesta” e “Mulher Pública”), às políticas (como a existência de institutos da natureza da extinção da punibilidade pelo casamento). A partir dessa análise cronológica, extrai as rupturas e avanços já obtidos no tocante ao tratamento do gênero e sua interlocução com as ciências criminais. De posse dessa compreensão, apresenta as permanências e pontos que ainda merecem atenção. Para estabelecer as premissas nas quais se sustenta, a produção utiliza a pesquisa qualitativa, adotando raciocínio dedutivo que parte de uma análise legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. Em aspecto conclusivo, evidencia que, não obstante sejam de muita relevância as conquistas já obtidas, ainda se faz necessário avançar em pontos que podem ser sintetizados sob três vertentes: alterações legislativas, mudanças estruturais e novo paradigma doutrinário. Desse modo, traz a colação duas propostas de inovações normativas, discute a necessidade de superação de práticas ainda misóginas no bojo de defesas perante a Justiça Criminal e, por fim, destaca a necessidade de adoção de uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal brasileiros. Ressalva, porém, que o sistema penal, sozinho, não é apto a proteger integralmente às mulheres quanto às violações a elas socialmente impingidas, pelo que não se pode dispensar a estruturação de políticas públicas de natureza interdisciplinar e multisetorial como alternativa para o combate e enfrentamento à violência baseada no gênero.

Palavras-chave: Epistemologia Jurídica Feminista. Legislação Penal Brasileira. Permanências. Rupturas. Retrato Feminino.

ABSTRACT

The present work revisits the history of the representation of the feminine on Brazilian criminal law by examining all past legal documents concerning the matter - from the Portuguese royal ordinances to the 1940's criminal code. It debates the Legislative's policies which determined the content of the mentioned norms and influenced the legal thinking, approaching its terminological options (such as the expressions 'honest woman' and 'public woman') and institutions (comprising policies such as the extinction of criminal liability on sex crimes by virtue of subsequent marriage). From this historical assessment it surmises the ruptures and advancements achieved on the matter of the discipline of gender relations on Brazilian criminal law, highlighting thus the continuities and persistent flaws of the legal system. In order to establish its premises it relies on qualitative research based on deductive reasoning and on an analysis of bibliography, legal documents and precedent. Its conclusions evince the persisting need for reformation, not disregarding the significant achievements already obtained, pointing out three main courses of action: legal reformation, structural change and renewal of the legal academic production. In this regard, proposes two points of reformation of the legal system, discusses the need to abandon sexist rhetorics often used on criminal trials and evoke the necessity of a feminist legal epistemology as a remedy to the ubiquitous sexism on the legal profession and thinking, specially on the fields of criminal law, stressing, however, that the criminal legal system by itself is not capable of offering integral protection to women when it comes to the social violences they suffer, reason why the formulation of interdisciplinary public policy aiming to face gender-based violence is indispensable.

Keywords: Feminist Legal Epistemology. Brazilian criminal law. Continuities. Ruptures. Representation of the Feminine.

RESUMÉ

Ce travail académique a pour but d'analyser le portrait féminin tel que dépeint dans l'histoire de la législation pénale brésilienne, tenant compte de toute la nomenclature pénale ayant déjà eu cours dans le pays, à savoir, des ordonnances du Royaume du Portugal au Code Pénal de 1940 et de ses amendements. Il ouvre le débat sur les choix législatifs qui ont imprégné les normes susmentionnées et influencé l'imaginaire juridique, abordant tous les thèmes, depuis les choix rhétoriques (tels que l'utilisation des expressions "honnête femme" et "femme publique"), aux options politiques (comme l'existence d'institutions de nature à annuler une condamnation par le mariage). A partir de cette analyse chronologique, ce travail met l'accent sur les ruptures et les avancées déjà obtenues sur le traitement du genre féminin, sa relation avec les sciences criminelles et met en exergue les cas irrésolus et les points qui méritent encore d'être traités. Pour étayer les bases de son argumentation, l'étude est fondée sur une recherche qualitative, adoptant un raisonnement déductif ayant pour point de départ une analyse législative, bibliographique et jurisprudentielle. Dans sa conclusion, ce travail démontre que si les acquis déjà obtenus sont très importants, il reste nécessaire de progresser sur des points qui peuvent être résumés sous trois aspects : réformes législatives, changements structurels et nouveau paradigme doctrinal. Ainsi, ce travail nous présente deux propositions d'innovations normatives, discute de la nécessité de passer outre les pratiques encore misogynes utilisées lors des plaidoyers de défense devant la justice pénale et, pour finir, met l'accent sur la nécessité d'adopter une Épistémologie Juridique Féministe dans le Droit Pénal et Procédural brésilien. Il faut cependant reconnaître, qu'à lui seul, le système pénal n'est pas en mesure de protéger pleinement les femmes des violations de leurs droits que la société leur inflige, de ce fait, on ne peut pas écarter la structure de politiques publiques interdisciplinaire et multisectorielle comme alternative pour combattre et faire face à la violence sexiste.

Keywords: Épistémologie Juridique Féministe. Législation pénale brésilienne. Permanences. Ruptures. Portrait féminin.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	AS MULHERES QUE VIERAM ANTES DE NÓS: REVISITANDO O RETRATO FEMININO NO DIREITO PENAL ANTES DO DIPLOMA DE 1940	16
2.1	Brasil Colônia: As Relações de Gênero extraídas das Ordenações do Reino de Portugal	16
2.1.1	<i>Breves demarcações históricas</i>	17
2.1.2	<i>Apontamentos específicos sobre a tutela feminina</i>	19
2.2	Brasil Império: O Código Criminal de 1830 e as tais “sólidas bases da justiça e da equidade”	21
2.3	Brasil República: O Código Penal de 1890	24
2.4	Mulher Honesta: A Categorização Feminina como determinante da adequação típica normativa	26
3	O CÓDIGO PENAL DE 1940 E SUA SUPOSTA FUNÇÃO ÉTICA CONTRA O “AFROUXAMENTO DOS COSTUMES”	32
3.1	Da redação original: tipos penais em destaque	33
3.1.1	<i>Da Mulher como Sujeito Passivo do tipo penal</i>	34
3.1.2	<i>Da Mulher como Sujeito Ativo do tipo penal</i>	38
3.2	Per Subsequens Matrimonium: A Extinção da Punibilidade pelo Casamento	39
4	INSURGÊNCIAS: INFLUXOS SOCIAIS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS	43
4.1	Os vetores de ruptura e suas repercussões na legislação criminal	43
4.2	Lei nº 11.106/2005: O fim da categorização?	45
4.3	Lei nº 11.340/2006: Maria da Penha, “a Lei com Nome de Mulher”	48
4.3.1	<i>A Mulher que deu o nome e os Antecedentes da Lei Maria da Penha</i>	49
4.3.2	<i>As alterações provocadas pelo texto normativo</i>	51
4.4	Lei nº 12.015/2009: Mudança de paradigma e advento da dignidade	54
4.5	Lei nº 13.104/2015: A Qualificadora do Femicídio e o Direito de Nomeação	56
4.6	Lei nº 13.718/2018: A natureza das ações penais e os limites da	

	disponibilidade	58
5	PERMANÊNCIAS EM MEIO A RUPTURAS: ONDE SE DEIXOU DE AVANÇAR?	61
5.1	Feminicídio: A Necessidade de conversão da qualificadora em Delito Autônomo	61
5.2	Medidas Protetivas de Urgência: A proposta de uma nova sistemática de decretação e outras alterações necessárias na Lei Maria da Penha	63
5.3	As teses defensivas e a revitimização perpetuadas no âmbito da Justiça Criminal: pode uma mulher ser ré de sua própria morte?	65
5.4	A necessidade de uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros	68
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
	REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Não surpreende que a mulher tenha sido, desde os primórdios da legislação penal brasileira, alvo de um regime que ora se presta a cristalizar e sustentar complexa e totalitária estrutura de dominação, ora a servir de instrumento de emancipação e de confirmação de vitórias obtidas através de séculos de luta feminina. O “Segundo Sexo”¹, afinal, se define pela alteridade, mais do que pela igualdade, seja em tempos de opressiva dominação patriarcal, seja na era dos direitos, na qual a luta pela identidade independente força às mulheres a ressaltar a diferença na busca pela igualdade.

Cediço, nesse ponto, que o Direito Penal, historicamente, se prestou a reproduzir e resguardar um retrato feminino que, para além de envolvimento de estereótipos de gênero e marcas de misoginia, era apto a tutelar a manutenção de um sistema que traduzia-se no exercício da autoridade sobre a mulher através de seu próprio corpo.

O maior exemplo dessa sistemática, indiscutivelmente, é o conceito de “Mulher Honesta”, que permeou a legislação criminal brasileira até meados do Século XXI. São recentes, pois, as alterações mais significativas no que tange à tutela penal feminina.

É nesse cenário que emerge o presente trabalho acadêmico, com a finalidade precípua de revisitar o tratamento conferido às mulheres ao longo da história penal brasileira, demarcando, ao longo desse percurso, as inovações, rupturas e ganhos em termos de legislação, bem como identificando os pontos em que ainda deve-se avançar.

Trata-se, portanto, de um estudo normativo de gênero, que tem como objetivo geral extrair da legislação penal aspectos aptos a proporcionar compreensão sobre a representação feminina. Desse modo, a justificativa da produção se circunscreve, justamente, na necessidade de compreender a forma como o Direito Penal incide (e incidiu) sobre as mulheres, bem como o lugar de onde partiu cada opção legislativa, para, só então, lograr em avançar nos pontos que ainda carecem de atenção.

Do objetivo geral, porém, acaba-se por implicar em diversas indagações: Como o Direito Penal representou e tutelou as mulheres ao longo da história? Por quem e em quais contextos as normas incidentes sobre elas restaram desenvolvidas? Quais foram as grandes rupturas e insurgências em termos legislativos? Que influxos se revelaram vetores dessas alterações? Onde residem as permanências? Em que ainda é preciso avançar?

Para concretizar os objetivos perseguidos, a metodologia utilizada é qualitativa,

¹ Faz-se referência, aqui, à obra intitulada Segundo Sexo, de Simone de Beauvoir.

adotando o raciocínio dedutivo que parte de uma análise normativa (legislações penais que já tiveram vigência no Brasil e os respectivos projetos que as deram origem) e bibliográfica (doutrinária, secundada por artigos científicos e trabalhos acadêmicos), tudo sem descurar-se de atento estudo jurisprudencial.

No primeiro capítulo, remonta-se a representação feminina nos diplomas penais que antecederam o atual Código, reportando-se às Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), ao Código Criminal de 1830 e ao Código Penal de 1890, observando-se, portanto, a tutela penal da mulher em três momentos históricos distintos: o Brasil Colônia, o Império e a República Velha, respectivamente. Para além disso, ocupa-se de compreender o conceito de “Mulher Honesta”, presente em todos os normativos penais que já vigoraram no País. Desse modo, restam traçadas as bases para um estudo evolutivo.

No segundo capítulo, aborda-se a redação original do Código Penal de 1940, vigente no Brasil após alterações, com a análise dos tipos penais em que as mulheres figuram como sujeitos passivos (estes, integralmente, relacionados a questões sexuais) e ativos (estes, em sua totalidade, circunscritos no âmbito das questões reprodutivas), bem como do instituto denominado “*Per Subsequens Matrimonium*”, ou seja, a extinção de punibilidade pelo casamento.

No terceiro capítulo, após firmados os pontos de partida, analisa-se as principais alterações legislativas procedidas no âmbito da relação entre Direito Penal e Gênero, destacando cinco leis inovadoras, e os vetores de ruptura que provocaram tais inovações.

Por fim, no quarto e último capítulo, extrai-se as permanências de que ainda padece o ordenamento penal brasileiro, ou seja, os pontos em que ainda se faz necessário avançar, estes concentrados nos âmbitos legislativo, estrutural e doutrinário. Restaram contempladas, no bojo dessa seção, duas sugestões de alterações normativas, bem como uma análise das teses defensivas ainda perpetuadas no âmbito da Justiça Criminal, e, ainda, discussão acerca da necessidade de uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros.

Em suma, se é preciso ter coragem para ser mulher nesse mundo, para viver como uma e para escrever sobre elas², que traduza-se esta pesquisa como uma simbiose da coragem ainda exigida das mulheres que ousam questionar os signos do patriarcado³, com a audácia daquelas que até hoje precisam lutar por igualdade, liberdade e emancipação.

² Paráfrase de frase apócrifa, atribuída à Organização Não-Governamental Feminista Think Olga.

³ Nesta produção, utiliza-se a expressão “Patriarcado” para definir um sistema sociopolítico que, historicamente, coloca os homens em situação de poder.

2 AS MULHERES QUE VIERAM ANTES DE NÓS: REVISITANDO O RETRATO FEMININO NO DIREITO PENAL ANTES DO DIPLOMA DE 1940

Em “A Bruxa não vai para a fogueira neste livro”, sua respectiva autora escreveu uma “carta de amor há muito devida para cada uma e toda mulher que percorreu esses campos antes de mim”⁴. Assim como no mencionado texto literário, guardadas, por óbvio, as devidas distinções impostas pelo gênero da produção, o objetivo deste capítulo inaugural é reportar-se às mulheres que antes percorreram “esses campos” e tornaram mais suave o caminho, para que se pudesse atravessá-lo e chegar aos lugares em que elas jamais poderiam ir⁵.

Desse modo, antes de analisar especificamente nas representações femininas contidas no Código Penal de 1940, demonstra-se imprescindível revisitar, ainda que de afogadilho, os antecedentes históricos de tal diploma legislativo, não só com o fito de compreender os papéis e estereótipos de gênero reproduzidos pela sociedade brasileira ao longo de sua formação e o processo de construção da “inferioridade feminina”, como também para extrair possíveis permanências e tendências mantidas ao longo dos séculos.

Diante dessa necessidade, optou-se por proceder com um breve estudo preliminar da normatização anterior, com o enfoque nas Ordenações do Reino de Portugal (Afonso, Manuelinas e Filipinas), no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890, observando-se, em consequência, a tutela penal da mulher em três momentos históricos distintos: o Brasil Colônia, o Império e a República Velha, respectivamente.

Merece destaque, nesse particular, que não se pretende, por ocasião desta exposição, realizar análise aprofundada ou, tampouco, esgotar as discussões acerca dos diplomas legais supramencionados, notadamente em razão da extensão e complexidade dos temas. Deseja-se aqui, repita-se, tão somente proceder com recortes e traçar as bases teóricas aptas a subsidiar a construção de uma linha histórica acerca do tratamento do feminino, até culminar na legislação penal brasileira em vigor (Código Penal de 1940).

Para além disso, em tópico próprio, deu-se atenção especial para o conceito de “Mulher Honesta”, “categoria” feminina presente em todos os diplomas analisados neste capítulo e, ainda, por muito tempo, no atual Código Penal.

2.1 Brasil Colônia: As Relações de Gênero extraídas das Ordenações do Reino de

⁴ LOVELACE, Amanda. **A Bruxa não vai para a fogueira neste livro**. Tradução de Izabel Aleixo. Rio de Janeiro: Leya, 2018, p. 33.

⁵ *Ibidem*

Portugal

A abordagem acerca da história do Direito Penal no Brasil, e sua consequente tutela jurídica do feminino, tem como marco teórico inicial, nesta produção acadêmica, o período colonial⁶, momento histórico em que o colonizador português impôs ao território “conquistado” seu Direito Pátrio.

Durante o período em análise, as mulheres⁷ eram educadas em um ambiente patriarcal, e somente escapavam do domínio de seus pais quando do casamento, ocasião em que acabavam por submeterem-se ao poder de seus maridos, sempre em uma posição submissa à figura masculina, tanto no âmbito familiar, quanto na sociedade⁸.

Vigoraram na Colônia, em termos legislativos, as chamadas “Ordenações do Reino” (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), e, assim como ocorreu quando dos diplomas legais subsequentes, as Ordenações refletiam, dentre outros aspectos sociais, inúmeras questões de gênero características do período.

2.1.1 Breves demarcações históricas

Antes de avançar acerca das questões de gênero que podem ser extraídas das Ordenações do Reino, cumpre-se realizar algumas demarcações históricas:

As Ordenações Afonsinas, primeiras que ora se destaca, foram objetos de um longo período de elaboração, somente sendo concluídas no ano de 1446, e consistiam, basicamente, em um registro prático dos diplomas vigentes à época, ou uma espécie de compilação de leis de vários reinados⁹.

No tocante à sua organização, eram as referidas Ordenações divididas em cinco livros: O primeiro deles (Livro I), ao longo de seus 72 (setenta e dois) títulos, dispunha acerca

⁶ Por óbvio, reconhece a Autora que, muito antes do início da Colonização Portuguesa, o povo indígena habitava o território brasileiro e, sem dúvidas, existem relações de gênero a serem analisadas em tal contexto. Porém, tal estudo, para além de exigir recorte específico, representaria fuga do propósito do presente trabalho acadêmico, que é a análise normativa da representação feminina, isto é, a compreensão fundada no direito positivo. Justifica-se aqui, portanto, esse salto histórico inicial.

⁷ Considerando que, ao tratar do Período Colonial, refere-se a um passado ainda escravocrata, é importante consignar que a situação mencionada era a realidade das mulheres branca e libertas, não aplicando-se, como de ampla sabença, às mulheres negras que viviam em situação de escravidão. Estas, como a história ocupa-se de relatar, viviam um outro contexto, em que além do subjugamento motivado pelo gênero, sofriam com a dominação em razão da cor e da origem, e padeciam das bárbaras práticas comuns durante o período escravagista.

⁸ MURARO, Rose Marie. **Libertação Sexual da Mulher**. Petrópolis: Vozes, 1975, p. 166.

⁹ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 89, p. 11-67, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. Acesso em: 26 maio 2020.

dos regimentos dos cargos públicos e assuntos de que hoje ocupa-se, *mutatis mutandis*, o Direito Administrativo; O Livro II, com 123 (cento e vinte e três) títulos, discorria sobre o Clero, os assuntos ligados à Igreja, à nobreza e à administração fiscal; Já o Livro III, constituído por 128 (cento e vinte e oito) títulos, se relacionava ao que hoje entende-se por Processo Civil, ao passo que o Livro IV com o que se apresenta como Direito Civil; Por fim, o último livro (Livro V), dividido em 121 (cento e vinte e um) títulos, discorria sobre o Direito Penal e Processual Penal¹⁰.

Tais disposições, no entanto, vigoraram por curto lapso temporal (1446-1512), sendo sucedidas pelas Ordenações Manuelinas, promulgadas no ano de 1514 (recebendo, no entanto, sua redação final em 1521), por Dom Manuel, primeiro governante brasileiro, sendo o primeiro corpo legislativo que efetivamente teve vigência no Brasil¹¹.

Conforme destaca Luiz Carlos de Azevedo, “nas duas décadas que o antecedeu, as Ordenações Afonsinas tiveram mínima ou nenhuma repercussão na Terra de Santa Cruz, pois a política de assentamento e colonização só se iniciaria anos após a descoberta”¹².

Referido diploma, pois, procedeu com uma espécie de atualização e deu nova interpretação às regras contidas naquele que o antecedeu, sem, porém, grandes modificações estruturais. Assim como as Ordenações Afonsinas, o texto em análise contava com cinco volumes e dividia, da mesma maneira, as matérias que ocupava-se de abordar¹³.

No entanto, há de se consignar que, consoante leciona Ignácio Maria Poveda Velasco, ao contrário das Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas representaram meras compilações de leis anteriores, transcritas na sua maior parte pelo teor original e indicando o monarca que as promulgara, sendo, em geral, todas as leis reescritas, em estilo decretório¹⁴.

Já em 1603, restaram publicadas as Ordenações Filipinas, como fruto do desejo do Monarca Felipe II (Rei da Espanha e, à época, Soberano também Portugal) de proceder com uma reestruturação das Ordenações Manuelinas e outras leis, dando-lhes uma nova, e mais

¹⁰ O texto integral, de onde extraiu-se as conclusões ora apresentadas, foi acessado através do sítio do Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>

¹¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 95, p. 19-32, 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67454/70064>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹² *Ibidem*

¹³ Essa análise foi realizada, assim como procedeu-se no caso do diploma anterior, através do site do Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, por meio do link <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>, acrescida, ainda, da conferência nos arquivos da Biblioteca da Câmara dos Deputados, através do link <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17841>.

¹⁴ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. op. cit. p. 12.

aprimorada, versão¹⁵.

Assim como os textos anteriores, obedece a sistematização em cinco livros¹⁶, tendo o seu Livro V (que trata dos delitos e das penas), vigorado no Brasil até a edição do Código Criminal de 1830.

É, em síntese, o que importa demarcar.

2.1.2 Apontamentos específicos sobre a tutela feminina

Durante o período em que vigoraram as Ordenações do Reino, assim como nos diplomas legais que as sucederam, os privilégios masculinos foram significativamente tutelados.

O Estado, utilizando-se da normatização, conservou os instrumentos jurídicos aptos a ratificar e reforçar as prescrições do patriarcado, implantando-os nas instituições encarregadas de gerir e regulamentar o cotidiano doméstico das famílias brasileiras¹⁷.

Nas Ordenações Manuelinas, por exemplo, dos cento e treze títulos que compunham o Livro V, vinte e três se referiam à sexualidade, sendo este, portanto, um dos temas mais disciplinados, refletindo a importância que já se conferia à tutela da sexualidade e a padronização das “masculinidades” e “feminilidades”¹⁸.

Outra forte tendência que pode ser aferida, ainda, é a de cominação de penas diferentes entre os gêneros, para o mesmo delito. É o que se observa, por exemplo, no caso do homem que mantinha relacionamento extraconjugal (“barregã”, como denominam os diplomas) e a mulher que com ele mantinha tal relacionamento. Se fosse o homem um Clérigo, não incidia em nenhuma sanção, se fosse um “homem comum”, sofria pena de multa e degredo. Já mulher, por sua vez, além das mencionadas penas, era açoitada em público, traduzindo a dominação do Estado em seu próprio corpo.

¹⁵ SOUZA, Jaime; BRITO, Daniel; BARP, Wilson. **Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil**. In: Teoria e Pesquisa. Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2009, p. 6. Disponível em: <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/161/137>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹⁶ Igualmente, utilizou-se dos arquivos do Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, neste caso sítidos no link <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>, com conferência na Biblioteca Digital do Senado, através do endereço <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>

¹⁷ SOUZA, Jaime; BRITO, Daniel; BARP, Wilson. op. cit. p. 6.

¹⁸ SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini dos. **Relações de Gênero no Livro V das Ordenações Manuelinas (Portugal - Século XVI)**. In: XXVII Simpósio Nacional de História. 2011, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Anpuh, 2011. p. 05. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308180091_ARQUIVO_comunicacao_giovanna_anpuh2011.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

Existia, também, inaugurando uma categorização histórica, diferença de tratamento jurídico-penal em relação às mulheres “virgens” e “honestas” e àquelas que já não ostentavam tais títulos perante a sociedade colonial. Surgia, já naquela época, o tipo penal que criminalizava a conduta daquele que “enganava” mulher virgem ou honesta.

Além disso, conferiam as Ordenações do Reino o direito aos homens de, por exemplo, ceifarem a vida de suas esposas em caso de adultério, sem incidir em nenhum crime em decorrência dessa conduta¹⁹.

Essa lógica, que legitimava o homicídio da esposa adúltera, buscando fundamento em uma organização hierárquica e patriarcal da família, continua presente, até hoje, na mentalidade brasileira e no senso comum, para além de, por muito tempo, ter sido preservada no ordenamento jurídico²⁰.

Merece destaque, igualmente, que apesar de ser conferida pena de morte, em qualquer hipótese, ao crime que hoje se denomina “estupro”, a execução do infrator, se a vítima fosse escrava ou prostituta, somente se daria com ordem real, evidenciando, assim, a menor gravidade que se conferia às mencionadas hipóteses.

Também já havia previsão, nessa época, da excludente de punibilidade que posteriormente convencionou-se chamar de “*Per Subsequens Matrimonium*”, ou seja, se após o delito de natureza sexual houvesse o casamento entre ofensor e ofendida, o acusado não incidiria nas penas do crime. Esse tema, porém, será discutido em subtópico específico.

Outro ponto que merece ser ressaltado é a previsão legal de que o homem que “deflorasse” mulher virgem, deveria com ela se casar ou proceder com o pagamento de indenização (dote), evidenciando a visão da virgindade como um bem jurídico a ser penalmente tutelado e, ainda, sua relação com a proteção da moral, já que, havendo casamento, não mais subsistia fato típico a ser perseguido.

Alguns outros títulos, de fato, não faziam diferenciações entre os gêneros, como ocorria na seção que tratava “dos que cometem o pecado de sodomia”. Outras vezes, essa diferenciação era apenas implícita. Como aponta Giovanna Aparecida Schittini dos Santos, ao abordar o Livro V, das Ordenações Manuelinas²¹:

O título XIII, Dos que dormem com suas parentas, e afins e cunhadas, da mesma forma que o título sobre sodomia, não demarca diferenças em relação ao gênero no que diz respeito às penas que os envolvidos terão. No entanto, ao identificar os possíveis envolvidos no crime (irmãos, tios, primos, noras, madrastas, enteadas,

¹⁹ SILVA, Maria Joana Corte-real Lencart e. A Mulher nas Ordenações Manuelinas. **Revista de História**, Porto, p. 59-79. 1993. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6384.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²⁰ SOUZA, Jaime; BRITO, Daniel; BARP, Wilson. op. cit. p. 8-9.

²¹ SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini dos. op. cit. p. 6.

sogras), é notável a forma como o gênero feminino é tratado. Segundo trechos deste título: “... mandamos que o irmão que dormir com sua irmã, morram ambos morte natural”; “E todo homem que dormir com sua tia, irmã de seu pai, ou de sua mãe, ou com sua prima...”, “e o que dormir com sua nora ou madrasta...” (Ordenações Manuelinas, Vol. 5, Título XII, p. 47), percebe-se que as mulheres são aquelas com quem se dorme, numa construção discursiva que denota passividade.

É de bom alvitre salientar, por fim, que as Ordenações faziam vários outros recortes, estes relacionados, principalmente, à estratificação social e ao prestígio em que determinados grupos dispunham no bojo da sociedade colonial. Existiam, à época, penalidades gravíssimas, tais como a pena de morte, castigos físicos, trabalhos forçados (galés), degredo, banimento e desterro, evidenciando, muitas vezes, grande desproporção entre delito e resposta estatal, traduzindo-se a sanção, tão somente, como um castigo ao(s) delito(s) praticado(s).

Em resumo, pode-se extrair que as Ordenações do Reino, como um reflexo de seu tempo, foram construídas de modo a, para além de estabelecer profundas diferenças de tratamento entre os gêneros, evidenciarem assimetrias dentro do próprio grupo feminino, categorizando às mulheres e delimitando, em decorrência de tal divisão, a forma como os tipos penais incidiriam, a depender de quem fosse a vítima ou o(a) autor(a) do delito.

Como já dito, o capítulo V das Ordenações Filipinas ocupou-se de disciplinar o Direito Criminal até o ano de 1830, quando da publicação do Código Criminal do Império. Merece destaque, porém, que tal texto normativo mereceu modificações ao longo do tempo, e “sob o influxo das ideias humanitárias do movimento do século XVIII, procurou-se abrandar o rigor das penalidades²²”.

2.2 Brasil Império: O Código Criminal de 1830 e suas supostas “sólidas bases da justiça e da equidade”

Com a Proclamação da Independência por Dom Pedro I no ano de 1822, como de ampla sabença, deu-se início ao chamado Período Imperial.

Apesar disso, e do anseio brasileiro pela edição de um Código Criminal, evidenciado, inclusive, no próprio texto da Constituição Federal de 1824, a qual anunciava, por força de seu art. 179, inciso XVIII, a necessidade de organizar-se “quanto antes, um Código Civil, e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”²³, o

²² FREGADOLLI, Luciana. Antecedentes Históricos do Código Criminal de 1830. **Akrópolis: Revista de Ciências Humanas da UNIPAR**, Umuarama, v. 5, n. 20, p. 17-22, 1997. p. 3. Disponível em: <https://www.revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/1707/1479>. Acesso em: 03 maio 2020.

²³ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasil, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 maio 2020

território continuou a ser regido pelas leis e atos legais de Portugal até o ano de 1830.

Existia, indiscutivelmente, como parte do pensamento jurídico oitocentista, uma intenção de centralização das fontes do direito e codificação das leis nacionais²⁴.

Assim, “o recém-criado Império do Brasil buscava uma legislação própria que reforçasse sua autonomia, mitigasse as agitações e produzisse a ordem necessária à sua reiteração temporal”²⁵.

Desse modo, na década de 30, pois, após intenso debate, adveio o Código Criminal do Império, composto por 313 artigos, que se dividiam em quatro partes: I – Dos Crimes e das Penas; II – Dos Crimes Públicos; III – Dos Crimes Particulares; IV – Dos Crimes Policiais²⁶.

No entanto, apesar de apresentar fortes tendências no sentido de humanização do Direito Penal (se comparada às normas anteriores), passou longe de alcançar a equidade que afirmava-se pretender, especial e nomeadamente em relação à tutela feminina.

Os dispositivos legais relacionados ao gênero feminino no referido diploma legal refletiram a moral social dominante naquela época, preocupando-se, sobretudo, em “categorizar” as mulheres e em defender o pudor e a moralidade. Não por acaso, ocupou-se de normatizar a sexualidade feminina, dedicando um capítulo inteiro aos “Crimes Contra a Segurança da Honra”.

Evidenciou-se, uma vez mais, uma estatização do biológico e da sexualidade. A regulação da vida sexual nada mais é que a tentativa de se apossar da vida e dos corpos nos seus atos mais íntimos e pessoais²⁷, como, em verdade, historicamente impôs o direito sob as mulheres.

Retromencionado capítulo, aliás, trazia como primeiro tipo penal o crime de “defloramento de mulher virgem menor de dezessete anos”, cominando a sanção de desterro e

²⁴ COSTA, Vivian Chieregati. **Codificação e Formação do Estado Nacional Brasileiro**: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência. 2013. p. 81. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Culturas e Identidades Brasileiras, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/publico/Dissertacao_VivianCosta.pdf. Acesso em 01 mar. 2020.

²⁵ PINTO, Luciano Rocha. **Moral e religião no código criminal imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração**. In: XXVII Simpósio Nacional de História. 2011, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Anpuh, 2011. p. 1. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/publico/Dissertacao_VivianCosta.pdf. Acesso em 01 maio 2020 [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligiaonoCodigoCriminalImperial\(anpuh2011\).pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligiaonoCodigoCriminalImperial(anpuh2011).pdf). Acesso em: 03 maio 2020.

²⁶ BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Brasil, 16 dez. 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 02 maio 2020

²⁷ PINTO, Luciano Rocha. op. cit. p. 3.

dote da ofendida ao infrator²⁸. Refletindo que o interesse era, principalmente, a preservação da moralidade, consignou o legislador que “seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas”, excludente de punibilidade esta, aliás, que por muito tempo permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro, como se verá mais adiante.

Já a proteção da chamada “Mulher Honesta” também se revelou objeto de preocupação legislativa, pelo que os artigos 222²⁹ e 224 prestaram-se a criminalizar, respectivamente, a conduta de ter cópula carnal por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta e, também, a de seduzir mulher honesta, menor de dezessete anos e ter com ela cópula carnal.

Reforçando, uma vez mais, o completo desprezo em relação a dignidade da vítima, o Código Criminal, também em relação a esses crimes, previu a possibilidade de extinção de punibilidade pelo casamento³⁰.

Merece destaque, sobre essa temática, que, segundo evidencia a jurisprudência da época³¹, a honestidade da vítima configurava elemento do tipo penal, e deveria ser quesitada expressamente pelo magistrado quando do julgamento do fato típico.

Há de ser ressaltada, ainda, a previsão contida no art. 227 do diploma legal em análise, que optou por tipificar, expressamente, a conduta de “tirar” para fim libidinoso, por meio de afagos e promessas, alguma mulher virgem, ou reputada tal, que seja menor de dezessete anos, de casa de seu pai, tutor, curador, ou outra qualquer pessoa, em cujo poder, ou guarda estiver, extinguindo-se, igualmente, a punibilidade pelo casamento.

Outro ponto que merece destaque, este tutelado pelo capítulo “dos Crimes contra a Segurança do Estado Civil e Doméstico”, é a diferenciação na forma de consumação do adultério entre os gêneros³². Se o mencionado crime fosse perpetrado por uma mulher, nos termos do que dispõe o art. 250, bastava que a prática ocorresse uma única vez para a sua

²⁸ Nesse sentido, prevê o art. 219, do Código Criminal de 1830: “Deflorar mulher virgem, menor de dezassete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas”.

²⁹ É de bom alvitre salientar, nesse ponto, que o art. 222 tipificava expressamente: “Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida”. Ressaltava, em sequência, que: “Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos”

³⁰ Era o que dispunha, pois, o referido artigo, ao pontuar que “não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas”.

³¹ Pode-se observar tal padrão, por exemplo, nos comentários do Magistrado Antônio Luiz Ferreira Tinôco, na obra Código Criminal do Império do Brazil anotado, que, às fls. 432/433, prescreve como deve ser feita a quesitação nos crimes de que se trata.

³² Nesse contexto, dispunha o art. 250 que “a mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adultero”. Já o art. 251, diferentemente, previa que o “homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente”.

configuração. No entanto, para se aperfeiçoar no caso de figurar um homem no polo passivo, demandava-se que o adultério fosse uma prática habitual. Precisava o homem, portanto, para incidir nas penas do crime de adultério, segundo a redação do art. 251, manter “concubina, teúda, e manteúda”.

A esse respeito, inclusive, entendiam os doutrinadores da época, a exemplo do que pode-se antever da obra “Comentário ao Código Criminal Brasileiro”, de A. de Paula Ramos Júnior, que o crime de adultério era tido como o mais grave dos delitos contra a segurança do estado doméstico. Mencionado autor, ainda, ressaltava que o adultério era uma espécie de violação menos pública que a prostituição, no entanto, mais criminosa do que esta³³.

Pode-se concluir, pois, que apesar do abrandamento das penas provocado pelo advento da codificação, muitos dos tipos penais destacados durante o período colonial se mantiveram quando do período imperial, perpetuando as desigualdades no tratamento entre os gêneros, a categorização feminina, e outros pontos igualmente problemáticos, como a excludente de punibilidade pelo casamento.

2.3 Brasil República: O Código Penal de 1890

Em 15 de abril de 1889, como dão a conhecer os livros de História do Brasil, inaugurou-se a República brasileira e, após curto período de elaboração, restou promulgado o Código Penal de 1890.

Apesar de certos avanços no sentido de humanização das penas, referido diploma, continuando o fenômeno do antecessor, foi alvo de críticas por não atender as necessidades de uma sociedade marcada pela desigualdade, consequência de um longo período de escravidão e, ainda, por se revelar um instrumento de repressão e controle de movimentos sociais³⁴.

No mesmo compasso do texto legal antecedente, o Código Penal de 1890 manteve praticamente inalterados os tipos penais destacados no tópico anterior, já previstos pelo Código Criminal de 1830, incluindo-os, porém, no título denominado “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”.

Tal título, em síntese, era composto por cinco capítulos, assim divididos: Capítulo I sobre a “Violência Carnal”; Capítulo II acerca do rapto; Capítulo III versando sobre o

³³ RAMOS JUNIOR, Antônio de Paula. **Commentario ao Código Criminal Brasileiro**. 1875. p. 150. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/54305/pdf/54305.pdf>. Acesso em 25 abr. 2020.

³⁴ PEREIRA, Rosana Lopes. **As Mulheres e o Crime: a lei como mantenedora das relações de gênero**. In: III Seminário de História e Contemporaneidades. 2018, Crato. **Anais**. Crato: Urca, 2018. p. 4. Disponível em: <https://even3.blob.core.windows.net/anais/83677.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

Lenocínio; Capítulo IV tratando do Adultério ou Infidelidade Conjuga; Capítulo V disciplinando o Ultraje ao Pudor Público³⁵.

A mulher continuou a ser categorizada como “virgem”, “honesta”, “pública” e “prostituta”, evidenciando o anseio dos legisladores em proporcionar a perpetuação do patriarcado mediante a administração e regulamentação da sexualidade feminina, bem como a manutenção da instituição casamento³⁶. Essa divisão, ressalte-se, continuou figurando como elementar de alguns tipos penais, e, assim como ocorria no julgamento dos processos sob a égide do Código Criminal de 1830, a honestidade da vítima deveria ser objeto de quesitação, sob pena de nulidade³⁷.

Mencionado título incorporou, como já dito, vários dos dispositivos do Código que o antecedeu, destacando-se, nesta oportunidade, o defloramento de mulher menor de idade com emprego de sedução, engano ou fraude (art. 267)³⁸, o estupro, ainda com a categorização de mulher (art. 268)³⁹ e o rapto, consentido ou não, (art. 270)⁴⁰. Manteve, ainda, a tipificação do adultério (art. 279)⁴¹, com diferenciação entre os gêneros, assim como o código anterior.

Igualmente há de ser ressaltado que o diploma manteve a excludente de punibilidade pelo casamento e, ainda, previu a obrigatoriedade do dote da vítima, quando de seu art. 276.

³⁵ BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Brasil, 11 out. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 04 maio 2020

³⁶ SILVA, Iara Maria Ilgenfritz da. **Direito ou punição? Representação da sexualidade feminina no Direito Penal**. Dissertação. Mestrado em Ciências Humanas, Especialidade Direito, UFSC, Florianópolis, 1983. p. 68. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/75068/179553.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 maio 2020.

³⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou o completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003. p. 474. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496211>. Acesso em: 30 abril 2020.

³⁸ Preconizava o referido dispositivo legal: “Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude: Pena - de prisão celllular por um a quatro annos”

³⁹ Dispunha o art. 268 “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celllular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão celllular por seis mezes a dous annos. § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte”.

⁴⁰ Era o que previa o 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 genesicos: Pena - de prisão celllular por um a quatro annos § 1º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento: Pena - de prisão celllular por um a tres annos. § 2º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte”.

⁴¹ Nesse sentido, preconizava o art. 279. “A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão celllular por um a tres annos. § 1º Em igual pena incorrerá: 1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda (...)”

De outro lado, criou novas figuras penais, tais como o atentado contra o pudor (art. 266) e o ultraje público ao pudor (art. 282). Inovou, ainda, em prever, dentre as causas de aumento de pena incidentes nos crimes tratados, o caso do acusado que fosse casado (art. 273, inciso 2º).

Pode-se antever, portanto, que o Código Penal de 1890 optou por manter diversos dos tipos penais já previstos no diploma que o antecedeu, revelando que, no que diz respeito à tutela do feminino, pouco se preocupou em externar rupturas. Tal legislação, pois, representou uma perpetuação de padrões e valores arraigados no Brasil desde a sua colonização.

Esse texto, destaque-se, para muitos juristas, já nasceu velho⁴², posto que, quando já predominavam os princípios da Escola Positivista, o Código Republicano ainda se filiava aos postulados da Escola Clássica, surgindo, portanto, uma necessidade de reformá-lo, pelo que emergiram, ao longo de sua vigência, inúmeros projetos e emendas, até desencadear no Código Penal de 1940⁴³.

Assim, já em 1940, sob a égide do período ditatorial conhecido como Estado Novo, adveio o atual Código Penal, que será objeto de capítulo específico da presente produção acadêmica.

2.4 Mulher Honesta: A Categorização Feminina como determinante da adequação típico-normativa

Conforme restou constatado a partir da análise dos diplomas penais abordados no presente capítulo, por muito tempo, o direito penal se prestou a disciplinar o comportamento e conduta social das mulheres. Nesse contexto, pois, é que emergiu o conceito da “Mulher Honesta”, parte de uma categorização feminina que era determinante para a aferição da incidência de determinados tipos penais.

Aqueles que são, a um só tempo, juízes e partes⁴⁴, desenvolveram a categoria de “mulher honesta” para separar àquelas que mereciam tutela estatal, daquelas que, por serem “públicas”, já não possuíam, em seus julgamentos, honra nenhuma a ser preservada.

⁴² Nesse sentido, inclusive, destaca-se a exposição de motivos do Código Penal de 1940, ocasião em que o legislador, no primeiro item, destacou que “com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis”.

⁴³ SILVA, Iara Maria Ilgenfritz da. op. cit. p. 64.

⁴⁴ Nesse sentido, inclusive, é a célebre frase atribuída a *François Poullain de la Barre* (“*Tudo o que os homens escreveram sobre as mulheres deve ser suspeito, pois eles são, a um tempo, juiz e parte*”).

Ressalte-se, nesse ponto, que, apesar de já abolida do ordenamento jurídico pátrio, a expressão sob comento ainda é comumente utilizada, na prática forense, por operadores do direito para desqualificar mulheres vítimas de crimes contra a vida ou a dignidade sexual.

Esse conceito, dada a sua extensão, importância e profundidade, ganhou subtópico específico nesta produção.

Consoante já abordado, a expressão “Mulher Honesta” se faz presente na legislação penal brasileira desde as Ordenações do Reino, primeira normatização penal que aqui vigorou.

As Ordenações Filipinas, em seu livro V (que, como já dito, ocupava-se dos delitos e das penas), fazia constar de seu texto o elemento “Honestidade”, principal e nomeadamente quando se referia à “Mulher Honesta” e “Viúva Honesta”⁴⁵.

Esse conceito, pois, foi reprisado em todos os ordenamentos penais subsequentes.

O Código Criminal de 1830, também já discutido no esforço histórico antecedente, trazia em seu corpo duas menções à “Mulher Honesta”, quais sejam, seus artigos 222 e 224, a saber:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
 Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
 Se a violentada fôr prostituta.
 Penas - de prisão por um mez a dous annos

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.
 Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Para além disso, referido normativo também trazia em seu corpo a referência à “Mulher Virgem” ou “reputada como tal”, quando de seus artigos 219 e 227.

No mesmo sentido, o Código Penal de 1890, quando de seu artigo 268, tipificava a conduta de “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”. Para além disso, existiam diversas outras menções à “honestidade” naquele diploma penal, veja-se:

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

⁴⁵ “*Que pena deve haver aquele que “jouuer” com mulher virgem ou viúva que vive honestamente*” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 7, §§ 1º e 2º)

“*Que pena devem haver os alcaiotos ou as alcaiotas que alcouvetarem mulheres virgens ou viúvas que vivem honestamente*” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 9, § 1º).

emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genesicos:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 1º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento:

Pena - de prisão cellular por um a tres annos.

§ 2º Si ao rapto seguir-se defloramento ou estupro, o rapto incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte.

Art. 271. Si o rapto, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Parapho unico. Si não restituir-se a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro:

Pena - de prisão cellular por dous a doze annos.

Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

Parapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

Assim, pode-se inferir que a utilização da categorização penal feminina existe desde as Ordenações do Reino, sendo mantida por todos os diplomas legais que as sucederam, inclusive o Código Penal de 1940.

Nesse sentido, cumpre registrar que existiam, na redação original do atual Código, três menções à “Mulher Honesta”, estas nas figuras penais denominadas “Posse sexual mediante fraude”, “Atentado ao pudor mediante fraude” e “Rapto violento ou mediante fraude”. Em todas as figuras (as quais serão detalhadamente abordadas quando do segundo capítulo desta produção), a “honestidade” da vítima era elementar do tipo penal.

A expressão sob comento, por ter sido, durante muito tempo, circunstância elementar de diversos tipos penais, foi sendo moldada e delimitada pela própria doutrina, à luz da moralidade social.

Nélson Hungria, por exemplo, assim conceituava a “Mulher Honesta”⁴⁶:

Como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (cum vel sine pecúnia accepta)

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson e LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 150.

Ou seja, para o mencionado doutrinador, os “bons costumes” exigiam das mulheres um “mínimo de decência”, que, se não respeitado, delas retirava o título de “honestidade”. A moral sexual do público feminino, pois, deveria ser “irrepreensível”.

Anos depois da publicação da obra retromencionada, Damásio Evangelista de Jesus publicou doutrina em que defendia que “mulher honesta é aquela que se conduz dentro dos padrões aceitos pela sociedade onde vive. É a que mantém uma conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes”. E mais, sustentava que a mulher desonesta é “mulher fácil, que se entrega a todos que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, somente se diferenciando das prostitutas por não exigir pagamento por seus favores”, apontando, ainda, tal “categoria” feminina como sendo desregrada e de costumes dissolutos, não guardando “o mínimo de ética sexual exigível”⁴⁷.

Ressalte-se, por oportuno, que, segundo o citado doutrinador, não se exigia das mulheres um “comportamento irrepreensível”. Nesse sentido, asseverava que⁴⁸:

Pautando-se a mulher pelo mínimo de decência exigido pelos nossos costumes, será considerada honesta. Só deixa de ser honesta a mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, somente se diferenciando da prostituta por não exigir paga por seus favores. É a mulher de vários homens, desregrada, sem guardar o mínimo de ética sexual exigível.

Diante dos costumes hoje vigentes, porém, entendemos que a mulher livre, que tenha vida sexual antes do casamento, não deixa de ser considerada honesta, desde que se conduza dentro dos padrões aceitos pela sociedade, sem promiscuidade sexual. Caberá ao intérprete da lei, diante do caso concreto, verificar se a conduta habitual da vítima a faz, ou não, aceita com dignidade no meio onde vive, para se saber se se trata, ou não, de mulher honesta.

Evidentemente, a prostituta está excluída da proteção legal. Vendendo-se por dinheiro, não possui a boa-fé que se exige da vítima para que haja a fraude comprometedora de sua vontade.

Não deixa de ser honesta, contudo, a mulher divorciada, separada de fato, a amante, a concubina ou a solteira, pois não se exige comportamento moral sexual irrepreensível. Só deixa de ser honesta a mulher francamente desregrada sexualmente

Em sentido semelhante, entendia Magalhães Noronha, que fez constar de sua doutrina que a mulher desonesta não é somente aquela que faz a “mercancia do corpo”, mas também “a que por gozo, depravação, espírito de aventura, entrega-se a quem requesta”, completava, ainda, argumentando que “a conduta da horizontal, muita vez, é digna de consideração, o que não se dá com quem, livre das necessidades, se entrega tão só pelo gozo, volúpia ou luxúria”⁴⁹.

⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109-110.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ NORONHA, Edgard Magalhães, **Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 138.

Com o tempo, por óbvio, os influxos sociais relacionados à igualdade feminina, por todos já conhecidos, provocaram alterações nos parâmetros utilizados para a “aferição” da suposta honestidade feminina.

Já no ano de 2003, Luiz Regis Prado, a despeito de reconhecer que o bem jurídico tutelado pelo original art. 215 do Código Penal era “a liberdade sexual da mulher”, ao comentar esse dispositivo legal, quando ainda em vigor a sua redação de 1940, consignou que a Mulher Honesta é aquela que mantém “um comportamento dentro dos padrões aceitáveis pela moral pública”, e, ainda, que mantém seu comportamento dentro dos ditames da moral vigente na sociedade, não sendo necessário que se trate de mulher virgem⁵⁰.

A jurisprudência, por sua vez, também ocupava-se de externalizar o seu caráter disciplinador da conduta sexual feminina. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, quando de julgamento datado do ano de 2002, consignou que a expressão deve ser entendida como a mulher que possui “certa dignidade e decência”, conservando os valores elementares do pudor, não sendo necessário, porém, a abstinência ou o desconhecimento a respeito de prática sexual”⁵¹.

Assim, tendo seus parâmetros alterados ao longo dos anos, a categoria de “Mulher Honesta” perpetuou-se no ordenamento jurídico brasileiro, somente sendo dele formalmente retirada no ano de 2005. Sempre se exigiu, portanto, a mais absoluta retidão sexual feminina, algo que nunca foi imposto aos homens.

Foi somente com o advento da Lei 11.106/2005, responsável, igualmente, por diversas outras alterações que serão abordadas em tópico específico, que foi suprimida do atual diploma penal (Código Penal de 1940), a expressão “Mulher Honesta”.

Mencionado diploma legal, pois, alterou a redação de diversos dispositivos⁵², dentre eles o art. 215 e o 216, para além de revogar o art. 217 e o 219, retirando, definitivamente, a elementar da honestidade do ordenamento penal brasileiro.

Não obstante, apesar de não mais constar do Código Penal, a categorização feminina e a valoração das condutas das vítimas de violência ainda não restaram desentranhadas dos pensamentos dos operadores do direito.

Não é incomum, por exemplo, que se suscite questionamentos acerca da conduta sexual anterior de mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. Igualmente, muito se

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 2ª ed, p. 837.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 21.129-BA**. Relator: Rel. Min. Gilson Dipp. j. em 06.08.02. DJU 16.09.02, p. 212.

⁵² Prevê a ementa da Lei 11.106/2005: “Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências”

tem notícia de casos em que a honra e a “retidão” moral de vítimas de feminicídios (tentados ou consumados), são questionadas e utilizadas como teses defensivas no âmbito do Tribunal Popular do Júri.

Procede-se, pois, até hoje, com um cômputo geral dos atos das mulheres vítimas de crimes em razão específica dessa circunstância, não havendo como se negar a influência e a perpetuação da abordada categorização histórica.

3 O CÓDIGO PENAL DE 1940 E SUA SUPOSTA FUNÇÃO ÉTICA CONTRA O “AFROUXAMENTO DOS COSTUMES”

“Tens de ser, por ora, o que julgam que tu foste. Amiga, trabalham no cômputo geral dos teus atos e pronto te devoram. Ah, esses ritos, conspiram eleger-te a ré da própria morte” (Isabel de Castro Silveira, A Presença de Margot)

Influenciado por seus antecessores e pela perpetuação dos estereótipos de gênero, emergiu o Código Penal de 1940, o qual, a rigor, não apresentou, inicialmente, nenhuma ruptura significativa no tocante ao tratamento da mulher, ocupando-se de cumprir seu suposto dever de garantir a manutenção do controle e dominação femininos.

Referido diploma legal, aliás, já anunciava na exposição de motivos de sua parte especial (tópico de nº 71), que “o direito penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”. Assim, confirma o legislador seu anseio por conter todo e qualquer influxo no sentido de emancipação dos corpos femininos, colocando-se como defensor dos costumes e da moral social. Para ele, deveriam as mulheres permanecerem sendo tão somente aquilo que quem as dominava julgava que elas fossem⁵³.

Essa noção de “crise do pudor”, inclusive, foi bastante explorada na obra de Nelson Hungria, considerado o líder intelectual da redação do Código Penal de 1940. A esse respeito, referido autor chegou a publicar que⁵⁴:

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor (...). Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de freta, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e boutades picantes, quando não chegam a ter iniciativa delas.

O presente capítulo, pois, se destina a proceder com uma análise dos tipos penais relacionados à tutela feminina no Código Penal de 1940, em sua redação original, ficando a dissertação acerca das posteriores alterações a cargo do capítulo subsequente deste trabalho

⁵³ Relembre-se, uma vez mais, a célebre citação de François Poullain de la Barre, a saber: “Tudo o que os homens escreveram sobre as mulheres deve ser suspeito, pois eles são, a um tempo, juiz e parte”

⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes. FRAGOSO, Heleno Cláudio., **Comentários ao Código Penal**, vol. 8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 81-83.

acadêmico.

3.1 Da redação original: tipos penais em destaque

Ao propor um recorte específico dos dispositivos do Código Penal de 1940 que incidem, especificamente, sobre as mulheres, torna-se imprescindível separar duas categoriais, quais sejam: os crimes que somente podem (ou poderiam, no caso dos dispositivos hoje já revogados) ser perpetrados em desfavor de mulheres – ou seja, a mulher como vítima do tipo penal/sujeito passivo – e delitos que somente podem ser praticados por mulheres – ou seja, a mulher como autora do tipo penal/sujeito ativo.

No tocante à primeira categoria, todos os delitos se concentram no Título dos “Crimes contra os Costumes” (hoje, Crimes contra a Dignidade Sexual).

No Código Penal de 1940, optou o legislador por substituir os chamados “Crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje público” no diploma anterior, pelo título denominado “Dos Crimes contra os Costumes”⁵⁵.

Observe-se, nesse ponto, que a redação original do Código expressava, diretamente, que o bem jurídico tutelado, no caso dos chamados “Crimes Sexuais”, continuava não sendo a dignidade das vítimas, mas sim, os “Costumes” da sociedade, e eram processados, em regra, através de ação penal de iniciativa privada⁵⁶.

Referido título dividia-se em seis capítulos, quais sejam: Dos Crimes contra a Liberdade Sexual; Da Sedução e da Corrupção de Menores; Do Rapto; Disposições Gerais; Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres; e do Ultraje Público ao Pudor.

Já os delitos em que a mulher figurava, expressamente, como sujeito ativo estavam concentrados do Título I, da Parte Especial (Dos Crimes Contra a Pessoa), sendo dois deles inseridos nos “Crimes contra a Vida” (infanticídio e aborto) e o último no capítulo da “Periclitação da Vida e da Saúde” (Exposição ou abandono de recém-nascido).

Passemos, portanto, à análise dos tipos penais mais relevantes e com íntima conexão ao objeto de estudo.

⁵⁵ Prevê o Tópico de nº 69, da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal: “Sob esta epígrafe, cuida o projeto dos crimes que, de modo geral, podem ser também denominados sexuais. São os mesmos crimes que a lei vigente conhece sob a extensa rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Figuram eles com cinco subclasses, assim intitulados: “Dos crimes contra a liberdade sexual”, “Da sedução e da corrupção de menores”, “Do rapto”, “Do lenocínio e do tráfico de mulheres” e “Do ultraje público ao pudor”.”

⁵⁶ Dispunha a redação original do art. 225, do Código Penal “Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa”.

3.1.1 Da Mulher como Sujeito Passivo do tipo penal

A violência baseada no gênero não pode ser considerada apenas como um fenômeno natural ou biológico, supostamente justificada pela prevalência da força masculina em detrimento de aduzida fragilidade feminina, mas sim como um fenômeno construído socialmente, no bojo das relações patriarcais que estabelecem uma dinâmica de dominação de homens e subordinação das mulheres como um dos pilares estruturantes da sociedade.

Não por acaso, todos os crimes em que a condição de mulher figura (ou figurava) expressamente como sujeito passivo do tipo penal, estavam situados no âmbito da tutela sexual feminina.

Previa o capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual quatro tipos penais: Estupro, Atentado Violento ao Pudor, Posse Sexual Mediante Fraude e Atentado ao Pudor Mediante Fraude, sendo o delito de Atentado Violento ao Pudor o único dos crimes que não era dirigido exclusivamente ao público feminino.

O primeiro deles, tipificava a conduta de “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Ou seja, somente poderia configurar sujeito passivo do crime de Estupro a mulher, e este somente se consumava mediante cópula carnal (penetração vaginal), pelo que tal tipo penal somente poderia incidir em relações heterossexuais. A pena cominada era a de reclusão de três a oito anos.

A opção legislativa por restringir a incidência de tal tipo penal de modo que apenas mulheres pudessem figurar como vítimas foi, no geral, bem recepcionada pela doutrina. Nélon Hungria, Romão Côrtes de Lacerda e Heleno Fragoso, por exemplo, entendiam que “o valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que a mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos”⁵⁷. Desse modo, referidos autores acabavam por justificar tal aceção, já que, para eles, padecer de uma violência de cunho sexual provocava consequências muito mais gravosas às mulheres (tais como o desvirginamento e gravidez), o que acabava por repercutir no “valor social” que estas carregavam.

Também não era incomum o posicionamento no sentido de que a defesa da honra feminina era uma das finalidades essenciais do crime de estupro, e que tal tutela somente se estenderia à Mulher Honesta (apesar de tal categorização ter sido retirada desse delito em específico). Magalhães Noronha, por exemplo, advogava que⁵⁸:

⁵⁷ HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op cit. p. 107.

⁵⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 111.

Somos do parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro da prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se alugar, de comerciar com o corpo, não perde o direito de dispor dele e conseqüentemente merece proteção legal. O coito contra sua vontade é um atentado à liberdade sexual e, portanto, não poderia deixar de fazer parte do Cap. I do tít. VI. Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece-nos haver grande distância. A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia arrastará por todo o sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido.

Igualmente era comum na jurisprudência e na academia, o argumento de que para a configuração do crime de estupro exigia a lei que a vítima, efetivamente, com vontade expressa, incisiva e adversa, opusesse-se ao ato sexual, de modo que se impunha a ofendida que “seu dissenso ao mesmo há de ser enérgico, resistindo, com toda sua força, ao atentado à sua liberdade sexual. Não se satisfaz, pois, com uma oposição meramente simbólica, um não querer sem rebeldia”⁵⁹.

Existia, ainda, na obra acadêmica, o que não pode deixar de ser ressaltado, forte divergência quanto à possibilidade de figurarem como autor e vítima do crime de estupro, o marido e a esposa (respectivamente), isso porque, segundo parcela significativa da doutrina clássica, o Código Civil Brasileiro, ao impor aos cônjuges o dever de coabitação, afastava a possibilidade de configuração de Estupro Marital. Era corriqueiro o argumento de que mulher, ao aceitar a vida em comum, não poderia negar-se à prática sexual, dever da vida conjugal, sendo ao homem assegurado o “exercício regular de um direito”⁶⁰.

Outro ponto controvertido era a possibilidade de mulheres transsexuais serem vítimas do crime de estupro. Segundo a parcela majoritária da doutrina analisada, essa hipótese somente era admitida se a mulher tivesse passado por cirurgia de redesignação sexual. Era como lecionava na década passada, por exemplo, Rogério Greco⁶¹:

Se houver, em virtude de determinação judicial, modificação no registro de nascimento, fazendo-se constar o sexo feminino, aliada ao fato de ter o transexual se submetido à cirurgia para criação da neovagina, na hipótese de ser violentado sexualmente, ocorrendo a penetração, o fato poderá ser classificado como estupro.

⁵⁹ Foi o que decidiu a Corte de Justiça do Estado do Paraná, por sua Terceira Câmara Criminal, quando absolveu acusado do crime de estupro, no bojo da Apelação Criminal nº 1595957 PR, sob a relatoria do Des. Renato Naves Barcellos, cujo acórdão restou publicado em 25/05/2001.

⁶⁰ Era o que defendia Nelson Hungria, as fls. 130, de sua obra *Comentários ao Código Penal*, vol. 8, e complementava, já na página 132, que “a violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa seja mero capricho ou fútil motivo” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 8, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 130-132).

⁶¹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 906.

Os crimes de Posse Sexual Mediante Fraude (art. 215: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”) e Atentado ao Pudor Mediante Fraude (art. 216: “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”), por sua vez, outras duas figuras disciplinadas pelo citado capítulo, para além de somente tutelarem às mulheres, incluíam como elementar do tipo penal a condição de “Mulher Honesta”, já fartamente explorado na presente produção acadêmica.

Existia, ainda, no caso da Posse Sexual Mediante Fraude, um tipo qualificado, consistente na conjunção carnal com mulher honesta, virgem, maior de quatorze e menor de dezoito anos, mediante fraude.

As últimas duas figuras típicas mencionadas (Posse Sexual Mediante Fraude e Atentado ao Pudor mediante fraude), ressalte-se, foram inovações legislativas acrescentadas pelo Diploma de 1940, não estando presentes nas normatizações penais anteriores, já analisadas.

Por isso, inclusive, ocupou-se o legislador de pontuar, na Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, logo no início dos esclarecimentos acerca do Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual, que a fraude é um dos meios morais do crime de defloramento, existindo delito sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento⁶².

Outro ponto que merece destaque no tocante aos crimes contra a liberdade sexual é o de que, apesar de existir na doutrina e na jurisprudência posicionamento no sentido de que se deve conferir maior relevância à palavra da vítima no caso dos delitos dessa natureza⁶³, por muito tempo se convencionou que somente mereciam essa maior credibilidade os relatos provenientes de mulheres dotadas de “retidão moral”, assim, “tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência moral. Tratando-se de vítima honesta, e de bons costumes, suas declarações tem relevante valor”⁶⁴.

⁶² Conforme preconiza o Tópico de nº 70, da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, “Entre os crimes contra a liberdade sexual, de par com as figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor, são incluídas a “posse sexual mediante fraude” e o “atentado ao pudor mediante fraude”. Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. Perante esta, a fraude é um dos meios morais do crime de defloramento, de que só a mulher menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 16 (dezesseis) pode ser sujeito passivo. Segundo o projeto, entretanto, existe crime sempre que, sendo a vítima mulher honesta, haja emprego de meio fraudulento (v.g.: simular casamento, substituir-se ao marido na escuridão da alcova). Não importa, para a existência do crime, que a ofendida seja, ou não, maior ou virgo intacta. Se da cópula resulta o desvirginamento da ofendida, e esta é menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), a pena é especialmente aumentada”.

⁶³ Abre-se um parêntese aqui para consignar que, apesar da substancial doutrina e jurisprudência mencionadas, ainda existe, na prática das persecuções penais de crimes dessa natureza, evidente revitimização e reprodução de estereótipos machistas que não são combatidos.

⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 8, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 390.

O Capítulo II do Título dos Crimes contra os Costumes previa tão somente duas figuras típicas: A Sedução e a Corrupção de Menores (esta última apta a tutelar qualquer dos gêneros).

O crime de Sedução era definido legalmente como a conduta de “Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Acerca desse tipo penal, registre-se, que a já mencionada Exposição de Motivos explicitava, por força de seu tópico nº 71⁶⁵, que, para que se identifique o crime de sedução, é necessário que seja praticado "com abuso da inexperiência ou justificável confiança" da ofendida. O projeto, segundo o próprio anuncia, “não protege a moça que se convencionou chamar emancipada, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras”⁶⁶.

Encerrando, ainda, o tópico acerca do crime de “Sedução”, consta da Exposição de Motivos, em referência à conhecida obra intitulada *Delitti sessuali*, de Felipo Mancini, que “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais”. Desse modo, escancaram os subscritores do Projeto em análise um dos principais, e mais persistentes, óbices à apuração e responsabilização penal no caso dos crimes sexuais: a culpabilização da vítima⁶⁷, obstáculo este ainda presente, infelizmente, e não transposto pela totalidade dos operadores do direito.

Na mesma esteira, eram as modalidades de prática de Rapto previstas pelo Código Penal de 1940: o violento ou mediante fraude e o consensual, sendo o primeiro tipo definido como “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso” (art. 219), e a segunda hipótese nos casos em que “a raptada é maior de quatorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento” (art. 220).

Previo o Código, ainda, causa de diminuição de pena de um terço para os casos em que o Rapto tivesse por finalidade o casamento, e de metade se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a “restituísse” à liberdade ou a “colocasse em lugar seguro, à “disposição” da família (art. 221). Para além disso, existia disposição de que se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, praticasse outro crime contra a raptada,

⁶⁵ É a redação literal do Tópico de nº 71 “Para que se identifique o crime de sedução é necessário que seja praticado "com abuso da inexperiência ou justificável confiança" da ofendida. O projeto não protege a moça que se convencionou chamar emancipada, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras”.

⁶⁶ Trecho retirado do Tópico de nº 71 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.

⁶⁷ Aqui, por óbvio, refere-se às mulheres vítimas de crimes contra suas dignidades sexuais.

responderia criminalmente de forma cumulativa (art. 222).

O crime de Rapto, no qual, segundo o tópico de nº 73 da Exposição de Motivos do Código Penal⁶⁸, “o fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso”, é dirigido contra o “interesse de organização ético-social da família”, interesse que, segundo o legislador “se sobreleva ao da liberdade pessoal”.

Finalizando o Título dos Crimes contra os Costumes, igualmente merece destaque o delito denominado “Tráfico de Mulheres”, no qual se tipificava a conduta daqueles que promovesse ou facilitasse a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Da análise dos mencionados tipos penais, pode-se antever que, de fato, sempre ocupou-se a legislação brasileira de tutelar a honra e a virgindade femininas. Mas, ao mesmo tempo, estabeleceu critérios rígidos para a plenitude de tal proteção, de modo que firmou uma inegável dinâmica de revitimização e culpabilização. Comumente, as mulheres foram (e ainda o são), diante de qualquer suspeita de “desonestidade”, transformadas de vítimas à rés.

3.1.2 Da Mulher como Sujeito Ativo do tipo penal:

De par com os crimes em que a mulher figura como sujeito passivo, previa o Código Penal em sua redação original (e ainda prevê nos dias atuais) tipos que trazem, expressamente, em sua construção a vinculação da condição de mulher para a consumação. Existem, pois, três tipos penais em que a mulher é, obrigatoriamente, o sujeito ativo: o Infanticídio, o Aborto e a Exposição ou Abandono de Recém-Nascido.

Note-se que, se de um lado os tipos penais que versam sobre a mulher como sujeito passivo, em sua totalidade, circunscrevem-se no âmbito de questões sexuais, os crimes em que as mulheres apresentam-se como sujeito ativo circunscrevem-se no âmbito de questões reprodutivas.

O crime de infanticídio, disciplinado pelo art. 123 do Código Penal, criminaliza a conduta de “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, cominando como pena a detenção de dois a seis anos. A conduta de “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”, por sua vez, é tipificada no artigo subsequente, o qual comina a tal conduta a pena de detenção, de um a três anos. Prevê o

⁶⁸ Diz, literalmente, o referido Tópico de nº 73: “o rapto, seja violento, fraudulento ou consensual, o fim do agente é a posse da vítima para fim sexual ou libidinoso. Trata-se de um crime dirigido contra o interesse da organização ético-social da família - interesse que sobreleva o da liberdade pessoal. Seu justo lugar, portanto, é entre os crimes contra os costumes”.

Código Penal, ainda, em seu art. 134, o delito de “Expôr ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria”, o qual tem a pena básica de detenção, de seis meses a dois anos, podendo esta ser agravada pelo resultado da omissão (de um a três anos se resultar em lesão corporal de natureza grave, e de dois a seis anos se resultar em óbito).

O ponto nodal de análise no tocante a essas tipificações, ao contrário dos crimes em que a mulher figura como sujeito passivo, se concentra nas escolhas legislativas quanto a dosimetria das penas.

Observe-se, em primeiro plano, que optou o legislador por cominar aos crimes de Infanticídio e Exposição ou Abandono de Recém-Nascido com Resultado Morte exatamente a mesma pena (dois a seis anos de detenção).

Não obstante, conforme amplamente defendido pela doutrina nacional, o infanticídio “é uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena”⁶⁹, isso porque, a rigor, o estado puerperal é considerado uma situação de semi-imputabilidade.

Já no crime de Exposição ou Abandono de Recém-Nascido com Resultado Morte, se antevê que a autora encontra-se em situação de absoluta imputabilidade, mas, como prática o delito para, em tese, “ocultar desonra própria”, também atrai a incidência de um tratamento “mais brando”.

A comprovação da tese que este tratamento se dá especificamente em razão do elemento subjetivo “ocultar desonra própria” se dá quando observa-se que o legislador comina ao tipo penal “Abandono de Incapaz com Resultado Morte” (art. 133, § 2º, CP) a pena de reclusão, de quatro a doze anos. Ou seja, para além do regime mais gravoso (reclusão, em vez de detenção), quem comete este último tipo penal também se sujeita a pena numericamente mais alta.

Assim, a rigor, o legislador confirma sua “função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”, conferindo especial tratamento à “honra” da mulher que acabou por engravidar sem estar na constância de uma relação conjugal.

3.2 *Per Subsequens Matrimonium*: A Extinção da Punibilidade pelo Casamento

Assim como nos diplomas penais anteriores, no Código Penal de 1940 restou

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

mantida a possibilidade de extinção da punibilidade do autor de crime sexual em caso de casamento com a vítima.

Nesse sentido, era a previsão da redação original do art. 108, a saber: “Extingue-se a punibilidade: (...) VIII - pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial”.

Destaque-se, nesse particular, que, em primeiro momento, apenas o casamento entre infrator e ofendida era apto a extinguir a punibilidade do agente. No entanto, por força de alteração implementada pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, acrescentou-se a hipótese extintiva “pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração”.

Nesse sentido, inclusive, pacificou o Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula 388 (hoje cancelada), que “O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção”⁷⁰.

Essa questão era regulamentada, ainda, pelo Código Civil de 1916 (vigente até o ano de 2002), o qual preconizava, em seu art. 1.548, o seguinte:

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I. Se, virgem e menor, for deflorada.

II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III. Se for seduzida com promessas de casamento.

IV. Se for raptada.

Note-se, nesse ponto, o aspecto linguístico construído pelo legislador: o mal causado pela violência impingida à mulher era passível de reparação pelo casamento com seu próprio agressor ou, no caso de impossibilidade de consumar-se o matrimônio (em decorrência de ausência de vontade ou impedimento do ofensor), por uma indenização proporcional à sua “condição e estado”, ou seja, correspondente à categoria que a moral social ocupava-se de encaixar a vítima.

Outro aspecto linguístico que há de ser observado é que o texto civil se referia à hipótese de o ofensor não poder ou não querer “reparar o dano pelo casamento”, mas não à

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 388**. O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção. Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1586>>. Acesso em 05 fev. 2021.

possibilidade da vítima não aceitar a proposta matrimonial, escolha legislativa que muito tem a revelar.

Em suma, considerando que os crimes contra a dignidade sexual foram, histórica e comumente, delitos cometidos por homens contra mulheres, a previsão da extinção de punibilidade pelo casamento legitimava a dominação masculina e o enquadramento da mulher como propriedade do homem, já que dela era exigido pureza e virgindade e sem esses atributos ela não seria aceita para o casamento – e não se admitia que a mulher deixasse de casar, pois os papéis que ela poderia assumir na sociedade eram todos relacionados aos afazeres domésticos e cuidados com a família⁷¹.

Dessa forma, oferecia-se ao agressor sexual uma forma socialmente interessante de expiar sua pena: o casamento com a vítima, que acontecia geralmente sem que o consentimento da ofendida fosse levado em consideração, pois a mulher era compelida por sua própria família a contrair matrimônio com seu agressor para que a sua honra não ficasse maculada – e, conseqüentemente, a honra familiar⁷².

Essa possibilidade de extinção permaneceu expressamente vigente no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 11.106/05, que será abordada em tópico específico.

Não obstante, faz-se necessário pontuar que, apesar do dispositivo sob comento ter sido expurgado do ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2005, a análise da jurisprudência nacional revela que muitos julgadores permaneceram aplicando instituto que produzia efeitos muito semelhantes: o perdão do ofendido.

Conforme já abordado, por muito tempo, os crimes sexuais foram processados mediante ação penal privada, de modo que a continuidade da ação penal estava intrinsecamente relacionada a vontade de vítima.

Diante disso, a previsão contida no art. 105 do Código Penal (“O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação”), combinada com a disposição do art. 106, § 1º, do mesmo diploma (“Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação”), era fundamento para que magistrados extinguissem processos penais dessa natureza, já que, supostamente, o casamento com o agressor revelava ato incompatível com a vontade de prosseguir na persecução penal.

⁷¹ SILVA, Tatiana Mareto. **O que a vigência do artigo 1520 do Código Civil diz sobre a percepção do estupro?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6290, 20 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56710>. Acesso em: 31 jan. 2021.

⁷² *Ibidem*

Desse modo, tal possibilidade de impedimento da responsabilização do infrator pelo casamento com a vítima somente foi de toda suprimida quando os crimes contra a dignidade sexual passaram a ser, em sua totalidade, processáveis mediante ação penal pública. Os resquícios de tal disposição, porém, ainda passaram muito tempo ilustrados na legislação brasileira, como, por exemplo, na redação do art. 1.520 do Código Civil (somente alterada em 2019, por força da Lei nº 13.811), que preconizava que “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”.

4 RUPTURAS: INFLUXOS SOCIAIS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

“Eu não estou aceitando as coisas que não posso mudar, estou mudando as coisas que eu não posso aceitar”
(Angela Davis)

Com o objetivo de identificar e analisar os marcos ruptivos que provocaram significativas mudanças no que tange ao tratamento conferido às mulheres pela legislação penal brasileira, o presente capítulo percorre os normativos de maior relevância, identificando as insurgências neles contidas para subsidiar, no capítulo próximo, a extração das permanências e do que ainda precisa-se avançar.

4.1 Os vetores de ruptura e suas repercussões na legislação criminal

A transição entre o fim do século XX e o início do século XXI, indiscutivelmente, se revelou um momento propício para o início de significativas alterações com o fito de modificar a forma com que o direito pátrio incidia sobre os corpos femininos, isso em decorrência da edição de diversos normativos de caráter internacional, bem como em atenção ao novo paradigma fixado pela Constituição Federal de 1988.

Merece destaque, inicialmente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), realizada em 1979, ocasião em que os Estados partes (inclusive o Brasil, que a ratificou em 1984) condenaram, publicamente, a discriminação contra a mulher em todas as suas formas⁷³, concordando em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo, firmaram diversos compromissos, dentre eles⁷⁴:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;

⁷³ Há de se ressaltar, aqui, que a CEDAW inovou no que diz respeito à abrangência do termo “Discriminação contra a Mulher”, esclarecendo, em seu art. 1º, que “para os fins da presente Convenção, a expressão discriminação contra a mulher significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

⁷⁴ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Em obediência a essas disposições, inclusive, é que consagrou-se na Constituição Federal de 1988 o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I)⁷⁵, fazendo advir um novo parâmetro no que diz respeito à tutela da dignidade feminina.

Outro paradigma de suma importância foi a chamada “Convenção de Belém do Pará”, ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em 1994, promulgada pelo Brasil em 1996, sob a forma do Decreto nº 1.973. Para além do reconhecimento da violência contra a mulher como fenômeno social com repercussões jurídicas a ser combatido, tal instrumento foi apto a firmar diversos compromissos e medidas a serem adotadas pelos Estados partes⁷⁶.

Tais compromissos internacionais, somados a outros inúmeros ratificados pelo Estado Brasileiro em convenções internacionais, como por exemplo o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos, indiscutivelmente, firmaram a base necessária para o início da implementação das reformas no ordenamento jurídico nacional.

O movimento feminista, igualmente, teve sua relevância no impulsionamento de tais alterações, especialmente por meio de suas vertentes que enxergam a possibilidade de se expurgar do Direito Penal as marcas patriarcais e transformá-lo em instrumento efetivamente apto a proteger as mulheres das diversas formas de violência a elas socialmente impingidas.

Traçados esses marcos, pois, passemos a análise dos resultados legislativos por eles provocados.

⁷⁵ “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

⁷⁶ BRASIL. Decreto nº 1.973, de 01 de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 23 fev. 2021.

4.2 Lei nº 11.106/2005: O fim da categorização?

Adota-se aqui, como primeiro marco legislativo ruptivo de relevância, a edição da Lei nº 11.106/2005, oriunda do PL nº 117/2003, de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi.

A justificativa do mencionado projeto legislativo, inclusive, já indicava a função social a que se destinavam as alterações propostas, reconhecendo que o Código Penal “contempla anacronismos, estereótipos, preconceitos e discriminação em relação às mulheres, que já não mais se coadunam com a contemporaneidade de luta pela afirmação de igualdades”⁷⁷.

Mencionada justificativa, ainda, preocupou-se em consignar que aquele período histórico (início do Século XXI) estava marcado pelas expectativas de mudança e pelas inovações introduzidas pelo novo Código Civil (de 2002), pelo que seria momento propício para a reivindicação de uma imediata reformulação do Código Penal de 1940, com sua parte geral modificada em 1984, principalmente com o fito de suprimir os maiores exemplos de discriminação, quais sejam, os dispositivos que aludem à mulher honesta como sujeito passivo dos crimes de "posse sexual mediante fraude" e "atentado ao pudor mediante fraude", tipos penais previstos no título referente aos "crimes contra os costumes", e não contra a pessoa⁷⁸.

Encerrou-se àquela justificação, pontuando que “é inadmissível a manutenção de tais dispositivos, que não se coadunam com os valores sociais contemporâneos e violam os princípios constitucionais da igualdade entre os gêneros e da dignidade humana” e clamando-se pelo apoio dos demais parlamentares para a construção da equidade feminina⁷⁹.

Não se pode deixar de consignar, igualmente, a abordagem do Deputado Darci Coelho, Relator do julgamento do projeto na Comissão de Constituição e Justiça. Mencionado parlamentar, quando de seu parecer favorável, após discorrer sobre o fundamento do termo “Mulher Honesta”⁸⁰, argumentou que a escolha que a mulher faça, quanto ao seu modo de

⁷⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 117/2003. **Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para suprimir o termo “mulher honesta”**. Justificação. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lg49tnwhrk575y0pjse2i4jo306498.node0?codteor=114145&filename=PL+117/2003. Acesso em 27 fev. 2021.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Registre-se, mesmo que somente a título ilustrativo, a conceituação consignada pelo citado Deputado Federal, a saber: “a fundamentação do conceito de honestidade da mulher estava intimamente ligada a um padrão de procedimento amoroso e de comportamento, no que diz respeito às relações íntimas, já que, entendia-se como honesta a mulher que tivesse pouca ou nenhuma experiência na relação de par antes do casamento ou que, se

viver, no que tange ao seu comportamento nas relações amorosas, ainda que circunstancial, não pode retirar-lhe o abrigo da lei, de modo a tornar isento de culpa quem atente contra a sua liberdade⁸¹.

Por tais razões, após todos os trâmites legislativos, intensos debates e modificações no projeto original (que levaram, inclusive, a mais avanços do que inicialmente se pretendia), restou promulgada a Lei nº 11.106/2005 que, segundo sua ementa, “altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências”.

A alteração mais substancial, por óbvio, foi a supressão do termo “mulher honesta” da redação dos arts. 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude).

O art. 215, que antes tipificava a conduta de “Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”, passou a ser redigido como “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”, de modo que, apesar de ainda só poder ser perpetrado em desfavor de pessoa do sexo feminino (já que consumado mediante conjunção carnal), não mais valorava a “honestidade” da vítima para aferir a adequação típica normativa de determinado fato.

Já o art. 216, por sua vez, que antes cominava pena a quem induzisse “mulher honesta”, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, teve a expressão “mulher honesta” substituída por “alguém”, pelo que, além de não mais importar a conduta ou a vida pregressa da ofendida, poderia, pela nova redação, ser perpetrado contra qualquer pessoa, inclusive do sexo masculino.

Outra relevante modificação ocorreu na redação do art. 231, que anteriormente somente admitia a mulher como vítima de tráfico internacional para fins de prostituição, e, com o advento da nova lei, passou a prever como sujeito passivo qualquer pessoa, independente do gênero.

De igual importância foi o fim da possibilidade de extinção da punibilidade pelo casamento (seja o casamento com o próprio agressor, nos termos do que dispunha o inciso VII, do art. 107, ou o casamento com um terceiro, na forma do que dispunha o inciso VIII, do art. 107).

Restaram revogados, também, os dispositivos concernentes ao crime de

desfeito este, permanecesse só, sem ter eventuais ligações, ou até uma outra experiência amorosa”.

⁸¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 117/2003. **Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para suprimir o termo “mulher honesta”**. Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=879D94D093FE7D1956235C5D1B0901ED.proposicoesWebExterno2?codteor=137578&filename=Tramitacao-PL+117/2003.

“Sedução” e “Rapto” (arts. 217 e 219 a 222), bem como o aumento de pena em decorrência da condição de casado (art. 226) e o crime de adultério (art. 240).

Para além dessas alterações, outras (não tão relacionadas ao presente estudo) emergiram, como a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge nos dispositivos em que esse estado civil subsistia como causa de aumento de pena, a criação de uma nova figura penal (art. 231-A)⁸² e a cominação de pena de multa a alguns tipos penais.

Essas modificações, ressalte-se, apesar de, no geral, bem recebidas pela doutrina majoritária, já que pacífica a desarmonia da redação anterior com o contexto vivido pela sociedade à época, não estiveram totalmente imunes a eventuais críticas proferidas por parcela dos operadores do direito.

Renato Marcão, autor de diversas obras na seara do direito penal e membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, por exemplo, apesar de destacar que “embora sujeita a críticas pontuais, é força convir que, em sentido amplo a nova lei contém mais acertos do que erros”⁸³, publicou, no ano de 2006, artigo em que, ao abordar a revogação dos incisos VII e VIII, do art. 107, do Código Penal, argumentava que⁸⁴

O tempo dirá se a mudança foi acertada, entretanto, desde já é possível antever situações onde haverá sério problema sócio-familiar que poderia ser evitado com a permanência das regras extirpadas do art. 107 do Código Penal.

Para o mencionado autor, sua opinião se coaduna, justamente, no fato de que “algumas vezes a vítima poderá unir-se em matrimônio com o réu, livre e espontaneamente; formar família, e depois ver o cônjuge condenado pela prática da conduta precedente, ensejadora de procedimento na esfera criminal”⁸⁵, o que seria, segundo ele, danoso à estabilidade da união familiar.

Não se pode olvidar de ressaltar, nesse ponto, sob pena de se incorrer em injustiça, que apesar de proceder com a citada crítica, o mencionado autor defendeu em suas publicações, com veemência, a importância social das outras alterações (como, por exemplo, a supressão do termo “mulher honesta”) para a redução das desigualdades e da discriminação.

Questionamento semelhante igualmente foi levantado no ambiente acadêmico. Mariana Bueno, por exemplo, em dissertação defendida na Universidade de São Paulo (USP),

⁸² Correspondia ao crime de Tráfico Interno de Pessoas, hoje já revogado.

⁸³ MARCÃO, Renato. **Lei nº 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal brasileiro**. Jus Navegandi, 04/2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6603/lei-n-11-106-2005>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ *Ibidem*

argumentou que⁸⁶:

Se de livre e espontânea vontade a mulher aceitou casar-se com o próprio homem que lhe fez vítima de um crime, então, de alguma forma, ela dimensionou os danos que o agressor lhe causou, equacionou intimamente os prejuízos e as vantagens e, então, perdoou esse homem, vindo com ele a se casar.

Dito de outro modo, se esse casamento não foi forçado e se também não foi um engodo, enfim, se a mulher aceitou livremente se casar com o agressor e o casal escolheu se unir com sinceridade, então, há que se respeitar a decisão dessa mulher, a não ser que se persista no comando o mesmo patriarcalismo da década de 1940, que decidia o que era melhor para a mulher, que supostamente não sabia fazê-lo sozinha.

No fundo, a Lei nº 11.106/2005 demonstra que o legislador brasileiro não se desvincilhou de todo desse costume.

Na mesma dissertação alhures mencionada, a respectiva autora teceu uma crítica que de há muito circunda o movimento feminista. Destacou que o projeto de lei muito foi influenciado pelo citado movimento, procurando reproduzindo “um discurso feminista que demonstra confiar com veemência na suposta aptidão de que dispõe o Direito Penal para promover a igualdade de gênero”⁸⁷. No entanto, afirmou que esse discurso “parece ignorar, contudo, que é intrínseco ao Direito Penal a atuação como mecanismo criador de diferença de gênero”, ressaltando a seletividade do sistema criminal e dos meios de controle social⁸⁸.

Em uma análise geral, apesar de reconhecer a validade de algumas das críticas levantadas à época, têm-se que a Lei nº 11.106/2005 promoveu significativas alterações no diploma penal brasileiro, representando, de fato, um importante vetor de adequação do texto legislativo aos influxos sociais de igualdade feminina. Não se enxerga, aqui, uma tentativa de utilização do Direito Penal para promover a igualdade feminina, mas, tão somente, um esforço de retirada de expressões misóginas e discriminatórias da redação do código.

4.3 Lei nº 11.340/2006: Maria da Penha, “a Lei com Nome de Mulher”

Já no ano seguinte à promulgação da lei retromencionada, emergiu no Brasil o maior e mais avançado diploma legal no tocante ao combate à violência doméstica contra às mulheres, qual seja, a Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006, consoante depreende-se da própria justificativa do Projeto

⁸⁶ BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 128. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/publico/Mariana_Guimaraes_Rocha_da_Cunha_Bueno_ME.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

⁸⁷ BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. op. cit. p. 124.

⁸⁸ *Ibidem*

Legislativo que a deu origem, vem com o ímpeto de privilegiar o respeito à igualdade, o qual estava a exigir uma lei específica que desse proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica, na medida em que não se concebe democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado⁸⁹.

Citada justificativa, ressalte-se, ainda ocupa-se de reconhecer que desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural, respaldada por um sistema de dominação passa a considerá-la natural, revelando um campo fértil para atos de discriminação e violência que se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres, e, dado que as relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, propiciam complacência e impunidade⁹⁰.

Assim, ao construir uma legislação específica para nortear o tratamento legal da violência doméstica, o feminismo disputa um lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais, posto que a afirmação dos direitos das mulheres, através de uma legislação específica, ameaça a ordem de gênero no direito penal afirmada por esses juristas, bem como os pressupostos teóricos sob os quais têm se sustentado a formulação sexista sobre o que deve ou não ser considerado um tema de relevância jurídica⁹¹.

Pela complexidade dos antecedentes de tal texto normativo, bem como pela quantidade de modificações empreendidas, cumpre-se dividir o presente tópico didaticamente.

4.3.1 A Mulher que deu o nome e os Antecedentes da Lei Maria da Penha

A história de Maria da Penha, mulher que sobreviveu à violência doméstica, embarcou em uma luta judicial e acabou por dar nome ao mais importante instrumento normativo no âmbito do combate a violência de gênero, é conhecida por quase todos os brasileiros.

Não obstante, não se pode olvidar de aqui reproduzi-la, já que essencial à

⁸⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 37/2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências.** Justificação. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159839&ts=1594018084791&disposition=inline>.

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ CAMPOS, Carmen Hein de. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha.** In: Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

compreensão do contexto em que foi editada a norma sob comento. Opta-se, porém, até por fuga do óbvio, em trazer a história de Maria da Penha contada por ela própria, pelo que a fonte das informações adiante colacionadas é o livro de sua autoria: “Sobrevivi... Posso contar”⁹².

Consoante Maria da Penha Maria Fernandes narra em sua autobiografia, seu relacionamento com o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros teve início em 1974, quando ambos eram alunos dos cursos de pós-graduação da Universidade de São Paulo (USP). Já em 1976, Maria da Penha e Marco Antonio se casaram, e, com a conclusão do mestrado de Maria da Penha e o nascimento da primeira filha do casal, ambos passaram a residir em Fortaleza/CE, onde nasceram suas outras duas filhas.

Ocorre que, após a referida mudança, somada à obtenção da cidadania brasileira e estabilidade econômica por Marco Antonio Heredia Viveros, iniciou-se uma história de violência, baseada em agressões verbais, psicológicas e físicas (não só dirigidas à Maria da Penha, como também às suas filhas).

No ano de 1983, completando o fatídico e conhecido ciclo da violência doméstica, Marco Antonio Heredia Viveros impingiu duas tentativas de ceifar a vida de sua esposa.

Na primeira delas, Marco Antonio Heredia Viveros perpetrou um tiro nas costas de Maria da Penha, enquanto ela dormia, simulando tratar-se, na realidade, de crime de roubo (empreendido por terceiros não identificados), sitiado na residência da família. Após esse crime, ressaltou-se, a vítima ficou paraplégica em decorrência de lesões irreversíveis.

Passados quatro meses desse episódio, Maria da Penha retornou àquela residência, tendo sido mantida, durante quinze dias, em cárcere privado, e, em seguida, sido vítima de nova tentativa de homicídio⁹³, desta feita por eletrocussão, durante o banho.

Após finalmente conseguir sair daquele cenário de violência, Maria da Penha iniciou sua luta por justiça, sendo, porém, revitimizada pelo Poder Judiciário.

Somente oito anos após o primeiro fato criminoso, Marco Antonio Heredia Viveros restou efetivamente julgado, ocasião em que foi condenado à pena final de quinze anos de reclusão. Não obstante, por força de requerimento defensivo, obteve o direito de recorrer em liberdade.

O segundo julgamento ocorreu em 1996, quando o acusado foi novamente condenado, só que agora à pena de dez anos e seis meses de reclusão. No entanto, uma vez

⁹² MAIA, Maria da Penha. **Sobrevivi... Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

⁹³ Justifica-se, aqui, a utilização do termo “homicídio” ao invés de “feminicídio”, por questão essencialmente técnica, qual seja, o fato de ter sido o crime cometido em desfavor de Maria da Penha anterior à edição da Lei que acrescentou a qualificadora do feminicídio no Código Penal Brasileiro, em 2015.

mais, em razão de pleitos da defesa, a sentença não restou executada.

Assim, em 1998, o caso foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, e, em 2001, o Estado Brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

Ressalte-se, nesse ponto, que, na ocasião da condenação, a referida comissão, dentre várias recomendações (inclusive a de que fosse completo, rápida e efetivamente, o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes e que fosse procedida uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes), determinou que se intensificasse um processo de reforma que evitasse a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil, o que, indiscutivelmente, impactou da propositura e processamento da Lei sob comento.

Já no ano seguinte (2002), foi criado formado um Consórcio de ONGs Feministas⁹⁴ para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, e, após muitos debates com o Legislativo, o Executivo e a sociedade, o Projeto de Lei n. 4.559/2004 da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal (Projeto de Lei de Câmara n. 37/2006) e foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas, tendo sido sancionado em 07 de agosto de 2006 e batizado com o nome de Maria da Penha como uma forma de reparação simbólica.

4.3.3 As alterações provocadas pelo texto normativo

A análise acurada da Lei nº 11.340/2006 revela o quão profundas foram as alterações impostas pelo citado texto normativo, o qual se fixa como criador de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, citando tratados internacionais (art. 1º)⁹⁵, abrangência (art. 2º)⁹⁶, direitos assegurados à mulher (art. 3º)⁹⁷ e

⁹⁴ Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI); Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR); e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), além de feministas e juristas com especialidade no tema.

⁹⁵ “Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

forma de interpretação (art. 4º)⁹⁸.

Já em seu artigo 5º⁹⁹, a Lei Maria da Penha define as hipóteses de incidência de seu texto, conceituando, via de consequência, a violência doméstica e familiar contra a mulher, inserindo essas condutas, logo no artigo subsequente, no rol das formas de violação dos direitos humanos.

Em seguida, em significativo avanço no que diz respeito à noção de violência, o artigo 7º dispõe sobre as cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Ressalte-se, nesse ponto, que essa definição e categorização apresentadas pela Lei nº 11.340/2006 desempenham importante papel simbólico, na medida em que diferenciam as violências comuns (dispostas no Código Penal), daquelas que são impregnadas pelas peculiaridades que envolvem a violência praticada no âmbito doméstico ou familiar.

De igual importância foi a mudança no processamento e responsabilização criminal. Ficaram proibidas, por força do art. 17, as penas de cesta básica ou outras de prestações pecuniárias, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. Para além disso, criou-se a obrigação de que a ofendida seja notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público (art. 21).

Foi editada, ainda, a previsão de que toda mulher em situação de violência doméstica e familiar deve ter garantido o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante

Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

⁹⁶ “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

⁹⁷ “Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

⁹⁸ “Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

⁹⁹ “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.

atendimento específico e humanizado (art. 28).

A Lei nº 11.340/2006 provocou, também, alterações em outros diplomas normativos, como por exemplo no Código de Processo Penal (para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher) e na Lei de Execuções Penais (para permitir o juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação). Além disso, retirou dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher, impedindo qualquer tipo de conciliação, aplicação da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (até mesmo quando consubstancia contravenção penal), determinando, em consequência, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14).

Mesmo depois de sua promulgação, ressalte-se, a Lei Maria da Penha seguiu sendo objeto de alterações e aperfeiçoamento.

As alterações mais significativas ocorreram nos últimos quatro anos. A Lei nº 13.505/2017, por exemplo, acrescentou mecanismos para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino¹⁰⁰.

A Lei nº 13.772/2018, por sua vez, provocou alterações no sentido de reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado¹⁰¹.

De igual importância foram os acréscimos empreendidos pelas Leis nºs 13.827/2019 e 13.836/2019, as quais, respectivamente, emergiram com o fito de autorizar a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de

¹⁰⁰ Conforme sintetiza o preâmbulo da referida Lei, ela “Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino”.

¹⁰¹ Nos termos de seu preâmbulo, “Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”.

Justiça, e tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar¹⁰².

Não há dúvidas, pois, de que a Lei Maria da Penha está provocando deslocamentos discursivos que afirmam cada vez mais os direitos das mulheres relacionados a uma vida livre de violência, rompendo com a ordem de gênero do direito penal¹⁰³. Apesar de algumas resistências à aplicação da Lei¹⁰⁴, embora cada vez mais reduzidas, buscarem frear esse novo posicionamento, entende-se que tensões entre o conservadorismo legal (doutrinário e jurisprudencial) e as propostas feministas devem ser resolvidas na superação do primeiro e na inscrição de um novo lugar para as mulheres, a partir do segundo¹⁰⁵.

4.4 Lei nº 12.015/2009: Mudança de paradigma e advento da dignidade

Em 07 de agosto de 2009, emergiu a Lei nº 12.015/2009, a qual, segundo seu preâmbulo anuncia, “altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”, e ainda, modifica “o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal” revogando, por fim, “a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores”.

Consoante resta consignado na própria Exposição de Motivos da mencionada Lei, sobre a legislação penal reinante pairam concepções características de época de exercício autoritário de poder - a primeira metade dos anos 40 - e de padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida¹⁰⁶.

¹⁰² A Lei nº 13.827/2019, segundo seu preâmbulo, “Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça”, ao passo que a Lei nº 13.836/2019, “Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar”

¹⁰³ CAMPOS, Carmen Hein de. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha**. In: Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

¹⁰⁴ Ressalte-se, nesse ponto, que ainda persistem insurgências relacionadas à aplicação da lei, tanto na prática forense e no âmbito acadêmico, pelos mais variados motivos, sendo um deles o fato de que o aumento nos indicadores quantitativos no que tange à violência doméstica aponta no sentido de que a simples alteração normativa não pode não ser o caminho para conter esse fenômeno social.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a**

A primeira grande modificação, por óbvio, foi a alteração no nome do Título VI, que deixou de se chamar “Dos Crimes contra os Costumes” para ser denominado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Segundo a já mencionada exposição de motivos, para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado, de modo que a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes¹⁰⁷.

Outra substancial modificação introduzida foi a unificação, na mesma figura típica (art. 213), dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, referido dispositivo passou a tipificar a conduta de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, configurando, a rigor, um tipo penal misto alternativo em que qualquer indivíduo (independente do gênero) pode figurar como autor ou vítima.

O mesmo fenômeno ocorreu com o crime de violação sexual mediante fraude, cuja redação passou a ser: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, não mais exigindo, portanto, qualquer qualidade especial do sujeito ativo ou do sujeito passivo.

Para além disso, foi criado o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), apto a tutelar os casos em que o agente pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos ou 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. Desse modo, a anterior previsão do art. 224 (presunção de violência), deixou de existir como norma autônoma, passando a integrar a composição do tipo penal.

Criou-se, também, o tipo penal de “Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável”, suprimindo lacuna anteriormente existente no ordenamento jurídico.

De igual importância foi a nova redação (hoje, já modificada) dada ao art. 225, que acabou por extirpar qualquer possibilidade de ação privada nos crimes dessa natureza. A regra, portanto, passou a ser a ação penal pública condicionada a representação, com exceção

Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicao-demotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁰⁷ *Ibidem*

dos casos em que envolvesse menor de 18 anos ou vulnerável, hipótese em que se processava mediante ação penal pública incondicionada.

Por fim, provocou modificação que encerrou o debate sobre o caráter hediondo do estupro simples, para além de inserir, igualmente, o crime de estupro de vulnerável no rol taxativo da Lei nº 8.072/1990.

Em resumo, pode-se concluir que a legislação sob comento ocupou-se de expurgar do ordenamento jurídico a defasada e machista denominação de crimes contra os costumes, modificação que possui grande caráter simbólico, posto que faz emergir o novo entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo Código Penal é a dignidade sexual das vítimas, e não os costumes sociais. Ao mesmo tempo, importou em significativa ruptura, quando estendeu os crimes de estupro e de violação sexual mediante fraude a ambos os gêneros e deu outras providências.

4.5 Lei nº 13.104/2015: A Qualificadora do Femicídio e o Direito de Nomeação

Nomear é um gesto político, uma forma inicial de apreensão de experiências ou fenômenos escondidos: esta é a história política do conceito de feminicídio – nomear para fazer existir a morte evitável de mulheres¹⁰⁸.

A proposta de criminalização do feminicídio no Brasil insere-se na tendência observada na América Latina, desde a década de noventa, de reconhecimento da violência contra mulheres como um delito específico, demanda feminista originada da constatação de que a violência baseada no gênero era naturalizada ou mesmo ignorada pelo direito penal, levando à conclusão de que os direitos humanos das mulheres não eram objeto de proteção adequada¹⁰⁹.

Essa denominação, inclusive, é derivada da teoria feminista, tendo sido utilizada pela primeira em 1976, por Diana Russell, escritora e ativista feminista, no Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, para definir a morte de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres, como uma alternativa feminista ao termo homicídio que invisibiliza aquele crime.

¹⁰⁸ COSTA, Bruna Santos; DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. **Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 114, maio-junho, 2015, p. 225.

¹⁰⁹ CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 7, nº 1, p. 103-115, janeiro-junho 2015, p. 105. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275>. Acesso em: 21 fev. 2021.

No Brasil, os esforços no sentido de editar lei capaz de abarcar essa demanda tiveram início no ano de 2013, quando começou a tramitar no Congresso Nacional uma proposta de criação de lei versando sobre o tema, por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher.

O Projeto de Lei do Senado de nº 292, de 2013, quando de sua justificação, define o crime de feminicídio como sendo o assassinato de mulheres pela condição de mulheres, constituindo-se como um crime de ódio contra as mulheres, justificado socioculturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado¹¹⁰.

Segundo o projeto, o feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte, e a importância de tipificá-lo advém da necessidade de reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis¹¹¹.

Nesse contexto, a Lei nº 13.104/2014 criou a qualificadora prevista no inciso VI, do parágrafo 2º, do art. 121, a qual comina a pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos para os casos em que o crime contra a vida é motivado por condição de sexo feminino. Existem, ainda, quatro possíveis causas de aumento de pena, a saber: se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; em descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Essa “condição de sexo feminino”, segundo o disposto no parágrafo subsequente, existe quando o crime envolve violência doméstica/familiar, ou menosprezo/discriminação à condição de mulher.

Merece destaque, nesse particular, que a denominação “condição de sexo feminino” gerou intensos debates tanto no tocante à terminologia, quanto na sua individualização. Muito se discutiu se seria mais adequada a utilização da expressão “condição de gênero feminino”, restando, porém, o texto final nos termos já transcritos.

¹¹⁰ BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 292/2013. **Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio.** Justificação. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&ts=1593999327445&disposition=inline>. Acesso em 22 fev. 2021

¹¹¹ *Ibidem*

Em suma, têm-se como maior contribuição da inovação legislativa o reconhecimento jurídico-penal do fenômeno, nomeando-o como um gesto político. Os aspectos em que se deixou de avançar, porém, serão oportunamente abordados no capítulo subsequente desta produção.

4.6 Lei nº 13.718/2018: A natureza das ações penais e os limites da disponibilidade

A Lei nº 13.718/2018 emergiu com o fito de, segundo seu art. 1º anuncia, tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, e tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecendo, ainda, causas de aumento de pena para esses crimes e definindo, igualmente, como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

No tocante a primeira providência (criação de duas novas figuras penais), bem se vê que a iniciativa visou sanar uma latente lacuna legislativa que dificultava o enquadramento típico de determinadas condutas¹¹². Essa omissão, ressalte-se, acabava por tangenciar condutas gravíssimas à adequação normativa da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (hoje revogada), cuja pena era exclusivamente de multa¹¹³.

Desse modo, é a previsão dos dois novos crimes:

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

¹¹² Muitas vezes, casos extremamente graves acabavam por ser enquadrados como contravenção penal, haja vista não serem constituídos por penetração vaginal ou ato libidinoso.

¹¹³ Previa o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais: Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

Conforme pontuado por Silvia Chakian, Promotora de Justiça do Grupo de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do MP/SP, na era digital e globalizada, em que pessoas do mundo inteiro, conectadas, se comunicam e compartilham mensagens, textos, fotos e vídeos, a internet, as redes sociais e os grupos de conversa ou mensagens instantâneas também são terreno fértil para a prática de atos de discriminação e violência. E numa sociedade ainda patriarcal e marcada pela desigualdade de gênero é fácil constatar como as mulheres acabam sendo impactadas ainda mais negativamente, já que, na disseminação indevida de conteúdo íntimo, o contexto mais frequente é o do (ex) parceiro que, após ter acesso permitido a fotografias e vídeos de conteúdo íntimo da ofendida, porque inconformado com o rompimento da relação, decide divulgá-los, sem o seu consentimento, com o intuito de constrangê-la e causar danos à sua imagem¹¹⁴

Para além dessas figuras, como já dito, a Lei nº 13.718/2018 tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, o que se considera o maior marco ruptivo do referido normativo, já que consagra um novo entendimento de que é essencialmente do Estado o dever de identificar, adotar todas as providências pertinentes e perseguir criminalmente a conduta daqueles que atentam contra a dignidade sexual de outrem.

Essa questão, registre-se, sempre despertou controvérsia¹¹⁵, mas a despeito de todas as justificativas relacionadas à autonomia da mulher (maioria dentre as vítimas desse tipo de crime) e, mesmo considerada a necessidade de combate à sua revitimização, em todas as esferas, não parecia razoável admitir a exigência de sua autorização para a ação penal apenas nesses casos, e não para o estupro de vulnerável (mesmo quando a vítima é adulta) nem para a lesão corporal praticada no contexto de uma relação doméstica, familiar ou de afeto, dentre outros crimes¹¹⁶.

Essa distinção, não tinha outra justificativa que não a relação direta com a

¹¹⁴ SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. **Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito**. Consultor Jurídico, 04 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹¹⁵ Não há como olvidar-se de destacar que ainda existe corrente doutrinária contrária à incondicionalidade da ação penal nos crimes dessa natureza. Existe quem defenda que essa opção legislativa acabou por perseguir o infrator em detrimento da intimidade das vítimas, que deveriam ter o direito de escolha acerca da persecução penal.

¹¹⁶ SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. op. cit.

concepção discriminatória do *strepitus judicis* — escândalo do processo — ou seja, a avaliação de que o ajuizamento da ação provocaria na ofendida mal maior que a impunidade do criminoso¹¹⁷.

Prova disso, segundo Silvia Chakian, é que a violência sexual sempre significou, historicamente, a diminuição da honra da mulher, de sua valorização perante a sociedade e a manutenção dessa exigência (da representação da vítima) fortalecia a ideia de que, ainda hoje, ser vítima de violência sexual configura vergonha, como se fossem as ações da vítima, e não as do agressor, determinantes para a prática da violência¹¹⁸.

Há de ser ressaltado, ainda, que a alteração é importante para que, efetivamente, puna-se o infrator, mas, principalmente, por seus signos implícitos, em especial, por imbuir a sociedade do entendimento de que não nos foi dada a disposição do corpo alheio, e incutir no agressor a noção de que seus atos são injustos e devem ser punidos¹¹⁹.

Ademais, como já dito, restaram criadas duas causas de aumento de pena referentes ao crime de estupro, a saber: Estupro Coletivo (“mediante concurso de dois ou mais agentes”) e Estupro Corretivo (“para controlar o comportamento social ou sexual da vítima”), as quais, igualmente, foram respostas a influxos sociais decorrentes de casos concretos, o que evidencia o caráter simbólico de tais disposições.

Em resumo, conclui-se tratar de reforma positiva, especialmente no que diz respeito à alteração na natureza da ação penal, isso porque, a rigor, nossos esforços devem ser dirigidos a transformar o quadro de revitimização de que as mulheres vítimas de crimes sexuais padecem ao submeterem-se ao Poder Judiciário, e não em possibilitar a impunidade em decorrência de tão distorcida dinâmica social.

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ SILVA, Thales Sousa da. **A Ação Penal Pública Incondicionada nos Crimes contra a Liberdade Sexual: uma análise das alterações promovidas pelo art. 1º da Lei nº 13.718/2018 sob a óptica do paradigma vitimológico contemporâneo**. 2020. 79 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020, p. 58. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14267/1/Thales%20Silva%2021486668%281%29.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

5 PERMANÊNCIAS EM MEIO A RUPTURAS: ONDE SE DEIXOU DE AVANÇAR?

“Eu não sou livre enquanto alguma mulher não o for, mesmo quando as correntes dela forem muito diferentes das minhas” (Audre Lorde)

“Liberdade é pouco, o que eu desejo ainda não tem nome” (Clarice Lispector, Perto do Coração Selvagem)

Inspirado, indiscutivelmente, pelo anseio da busca pela libertação feminina, que perpassa, necessariamente, por aperfeiçoar o ordenamento jurídico a partir da identificação de pontos em que ainda precisamos avançar para garantir uma tutela penal justa, integral e sem marcas de misoginia, é que emerge o capítulo último desta produção acadêmica, encerrando, com sugestões e ponderações, uma exposição que revela, a rigor, a expectativa de que um dia as mulheres alcancem aquilo que, parafraseando Clarice Lispector, ainda nem tem nome.

5.1 Femicídio: A Necessidade de conversão da qualificadora em Delito Autônomo

No tocante ao crime de feminicídio, apesar de reconhecer o indiscutível avanço que a nomeação do delito significou, não há como se olvidar de destacar uma questão que salta aos olhos: a opção legislativa de alocar o feminicídio em forma de circunstância qualificadora do crime de homicídio, e não como um delito autônomo.

Essa reflexão parte, inicialmente, da percepção de que a conduta contemplada pelo termo “Feminicídio” não é, a rigor, abarcada pelo significado de “qualificadora” para o direito penal, aproximando-se, na verdade, do que denomina-se “elementar do tipo penal”, ensejando, portanto, uma tipificação autônoma.

Sobre esse tema, inclusive, Carlos Alberto Garcete, Juiz de Direito com atuação perante o Tribunal Popular do Júri, publicou recente artigo em que igualmente defende a tese ora esposada¹²⁰. Para referido jurista, o feminicídio não se põe, para o homicídio, como mera circunstância do “matar alguém”, porquanto não se cuida de conduta endereçada a matar outrem, preceito primário da norma incriminadora penal contida no art. 121 do Código Penal, a que, circunstancialmente, se agrega outro fator, que seria eliminar a vida da vítima por condição de gênero, não se trata, portanto, de matar alguém (atividade finalista) e perquirir se, nessa jornada criminoso, o agente agiu, *ad exemplum*, por motivação fútil, torpe, ou se, no

¹²⁰ GARCETE, Carlos Alberto. **O Femicídio deve ser reconhecido como crime autônomo?**. Disponível em: <http://oabms.org.br/artigo-o-feminicidio-deve-ser-reconhecido-como-crime-autonomo-carlos-alberto-garcete/>. Acesso em 05 mar. 2021.

modo de execução, utilizou-se de recurso que dificultou a defesa da vítima¹²¹.

A esse posicionamento, pois, a presente produção se filia integralmente, na medida em que a conduta característica do feminicídio é estar o crime contra a vida impregnado de violência de gênero, de dominação e de controle (como já abordado em tópico anterior), de modo que essas razões encontram-se na estrutura e no conceito jurídico de crime, e não em fatores (circunstâncias) que não de ser utilizados para aferição do patamar inicial da pena.

Portanto, o Feminicídio deve estar situado, no direito positivado, como elementar de crime (em delito autônomo), e não como circunstância qualificadora.

Essa necessidade, pode ser resumida em três argumentos determinantes, a saber: o Feminicídio, por sua própria natureza, difere, em substância, do homicídio (devendo a lei refletir essa distinção), não podendo ser tratado como um “homicídio mais grave”; estatisticamente, a tipificação do feminicídio enquanto circunstância qualificadora do homicídio prejudica a sua quantificação; na prática, a confusão acerca da coexistência da qualificadora do feminicídio com qualificadoras subjetivas de motivação prejudica uma resposta penal adequada¹²².

Em suma, faz-se imprescindível que o Direito reconheça essas especificidades na forma de um tipo penal autônomo, imprimindo um efeito simbólico capaz de repercutir, inclusive, na maior reprovabilidade social do crime.

Merece destaque, a esse respeito, que no ano de 2020 restou apresentado o Projeto de Lei nº 4.196/2020, que tem a pretensão tornar o crime de feminicídio um delito autônomo, para além de substituir a expressão “por razões de sexo feminino” pelo termo “por razões de gênero feminino”.

Referido projeto, que, inclusive, em sua justificativa faz menção aos estudos do já mencionado Juiz de Direito Carlos Alberto Garcete, indicando o embasamento da proposta na tese por ele apresentada, utiliza-se da experiência internacional (de outros países que optaram por inserir o feminicídio em seus diplomas penais como crime autônomo), para além de asseverar que esse delito precisa ampliar sua visibilidade e, para tanto, deve figurar como um tipo penal independente, o que contribuiria, inclusive, para o método de julgamento em

¹²¹ *Ibidem*

¹²² Abra-se um parêntese, a esse respeito, para esclarecer que, por muito tempo, pairou nos operadores do direito uma dúvida acerca da natureza jurídica da qualificadora do feminicídio. Para alguns, ela deveria ser interpretada como qualificadora subjetiva (por dizer respeito a motivação do crime), de modo que não poderia ser imputada, de maneira simultânea, com as qualificadoras do motivo torpe e do motivo fútil. Por outro lado, parcela da doutrina entendia que a qualificadora tinha natureza objetiva, podendo ter convivência pacífica com qualificadoras de ordem subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, em seus recentes julgados, tem apontado para o segundo entendimento (natureza objetiva). Porém, ainda não existe decisão de caráter vinculante a esse respeito.

perspectiva de gênero, na medida em que sua classificação como qualificadora do homicídio doloso não se coaduna com a magnitude global da repressão à referida conduta criminosa¹²³.

Essa alteração, pois, é de significativa importância para o enfrentamento à discriminação de gênero e para o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos aptos a coibir a prática desse delito. Emerge a necessidade imperiosa de reestruturação e de fortalecimento das redes de enfrentamento, com respostas multissetoriais rápidas, e, no Poder Judiciário, a capacitação de magistrados, de maneira que possam julgar com a “perspectiva de gênero”¹²⁴.

5.2 Medida Protetiva de Urgência: A proposta de uma nova sistemática de decretação e outras alterações necessárias na Lei Maria da Penha

Apesar da Lei Maria da Penha representar, como já dito, o mais importante normativo de combate à violência doméstica em âmbito nacional, ainda existem aperfeiçoamentos que podem ser procedidos com a finalidade de garantir a sua máxima efetividade.

A mais significativa alteração que se tem, nesse tópico, a sugerir, é a mudança na atual sistemática de concessão de medida protetiva de urgência (nomeadamente, a medida protetiva de afastamento do agressor do lar). Atualmente, prevê a seguinte legitimação:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

- I - pela autoridade judicial;
- II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou
- III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Ou seja, a regra geral é que seja o Juiz a autoridade responsável pela decretação das referidas medidas, existindo competência subsidiária do Delegado de Polícia ou da própria Polícia quando o Município não for sede de comarca ou não houver delegado disponível no momento da denúncia, respectivamente.

Não obstante, o procedimento convencional (requisição ao Juiz) acaba por importar em retardo na decretação da medida, haja vista que todo o trâmite de remessa do

¹²³ BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 4.196/2020. **Dá nova redação ao crime de feminicídio e o considera como crime autônomo.** Justificação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0tolugy4anf6n1cdj11wxywpgj9441580.node0?codteor=1922845&filename=PL+4196/2020. Acesso em 28 fev. 2021

¹²⁴ GARCETE, Carlos Alberto. op. cit.

pedido, abertura de vistas ao Ministério Público, posterior decisão e intimações necessárias, podem acabar por usurpar da vítima momentos determinantes à manutenção de sua integridade.

Nesse sentido, torna-se imprescindível discutir a possibilidade de adoção de um sistema mais célere, em que o próprio Delegado de Polícia poderia, já de princípio, determinar o afastamento do agressor do lar, submetendo essa medida, somente após a sua efetivação, ao crivo, ratificação e homologação do Juízo competente.

Desse modo, afastaria-se a regra de que o Delegado de Polícia só pode aplicar a medida na hipótese de não haver Juiz na comarca, possibilitando que ele deliberasse acerca do referido afastamento do lar, com posterior submissão da decisão ao Juízo competente (sugerindo-se, nesse ponto, um prazo máximo de vinte e quatro horas).

Ressalte-se, a esse respeito, que existe, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, Projeto de Lei que versa sobre modificação semelhante a ora apresentada, autuado sob a numeração 2560/2020.

É destacado, na justificativa do referido projeto, que essa flexibilização não se trata de uma retirada de prerrogativas do Poder Judiciário, uma vez que as medidas protetivas concedidas pelos Delegados deverão ser submetidas ao crivo e análise da autoridade judicial competente, que poderá manter, modificar ou revogar a medida concedida conforme o seu entendimento¹²⁵.

Ressalta, ainda, que o intuito é dar maior celeridade e proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e por conseguinte garantir maior efetividade e eficácia à lei e às medidas nelas previstas, considerando que estas medidas são uns dos principais instrumentos de amparo às mulheres para garantir a sua integridade psicológica, física, moral e patrimonial até que a vítima consiga buscar proteção jurisdicional¹²⁶.

Outra medida significativa que ora se propõe é a da criação de pena restritiva de direitos, no âmbito da Lei Maria da Penha, que obrigue o condenado a frequentar centros de educação e de reabilitação, em moldes semelhantes à proposta já contida no Projeto de Lei do Senado nº 9/2016.

Igualmente são imperativas dois acréscimos que poderiam ser procedidos no título III da Lei, denominado “Da Assistência à Mulher em situação de violência doméstica e

¹²⁵ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 2560/2020. **Altera a redação do inciso II, do artigo 12-C da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar a concessão de medida protetiva de urgência, de ofício, pelo Delegado.** Justificação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0vsuymxxvx88fvvn7i5y9ex28869018.node0?codteor=1892474&filename=Tramitacao-PL+2560/2020. Acesso em 28 fev. 2021

¹²⁶ *Ibidem*

familiar”, quais sejam: a obrigatoriedade de promoção de ações que visem à valorização de mulheres e meninas e a prevenção e combate à violência contra as mulheres, tais como a capacitação de trabalhadores da educação, campanhas educativas, identificação de manifestações violentas e de discriminação, e a implementação de prioridade para vítimas de violência doméstica em programas habitacionais.

5.3 As teses defensivas e a revitimização perpetuadas no âmbito da Justiça Criminal: pode uma mulher ser ré de sua própria morte?

Se é cediço que o direito não se esgota na norma, constituindo-se em um fenômeno social complexo que muito mais se determina pela prática e pelo exercício do que pela fria letra da lei, a mera reforma legislativa jamais poderá ser tida por suficiente à concretização de uma política pública de integral defesa da mulher por meio do Direito Penal, nem se pretender apta a esgotar os esforços no sentido de construir verdadeira isonomia – é, talvez nas vicissitudes da vida forense que reside o âmago do problema, nas viciosas práticas arraigadas dos aplicadores do Direito.

Os principais exemplos de tais práticas incidem, justamente, no julgamento dos crimes em que as mulheres figuram como vítimas em decorrência dessa condição, como os delitos relacionados à violência doméstica/familiar (feminicídio tentado ou consumado, lesões corporais, crimes contra a liberdade individual, crimes contra a honra, dentre outros) e os crimes contra a dignidade sexual.

Ainda hoje, para além da revitimização que se impõe às vítimas de delitos de tais naturezas, as mulheres ainda precisam suportar a utilização das mais diversas teses defensivas por parte dos causídicos que defendem seus agressores, incluindo argumentos que acabam por ofendê-las e deslegitimá-las.

É bastante corriqueiro, inclusive, que os noticiários deem a conhecer casos de violação e culpabilização das vítimas em caso de crimes contra a dignidade sexual, ocasiões onde as respectivas defesas dos acusados (e, por vezes, até mesmo demais operadores do direito, como Juízes e Membros do Ministério Público, e responsáveis pela fase inquisitorial da apuração, como Delegados de Polícia e demais integrantes da Polícia Judiciária), deslegitimem as declarações da ofendida, com o fito de atribuir a ela alguma culpa ou parcela de responsabilidade pela violência de que padeceu.

A vítima, muitas vezes, é indagada acerca do seu grau de consentimento, da roupa que utilizava, de seu estado anímico e psíquico (incluindo, aí, questionamentos acerca de

eventual utilização de drogas lícitas e ilícitas), e outras perguntas dessa natureza.

Esse tema, pois, faz recordar o poema de Adelaide Ivánova, que descreve a experiência de uma vítima de crime de estupro ao encarar a persecução penal¹²⁷. Veja-se:

a porca

a escritã é uma pessoa
e está curiosa como são
curiosas as pessoas
pergunta-me por que bebi
tanto não respondi mas sei
que a gente bebe pra morrer
sem ter que morrer muito
pergunta-me por que não
gritei já que não estava
amordaçada não respondi mas sei
que já se nasce com a mordaça
a escritã de camisa branca
engomada é excelente funcionária e
datilógrafa me lembra muito
uma música
um animal não lembro qual.

Igualmente se tenta buscar no comportamento da vítima uma explicação para a conduta do agressor, via de regra, nos crimes relacionados à violência doméstica.

No âmbito do Tribunal Popular do Júri (competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tais como o feminicídio em suas modalidades tentada e consumada), por exemplo, ainda persiste a utilização de teses como o resgate à legítima defesa da honra, violenta emoção e relevante valor moral, para as hipóteses em que o crime é cometido após a descoberta (ou pela mera desconfiança) da existência de caso extraconjugal por parte da ofendida, tudo, para alguns, legitimado e justificado pelo princípio da plenitude da defesa, que contemplaria, na espécie, teses jurídicas e extrajurídicas¹²⁸. Existem juristas, inclusive, que chegam a defender que pode o Conselho de Sentença decidir pela absolvição (por força do quesito absolutório genérico) por qualquer motivo, o que acabaria por abarcar as teses ora mencionadas.

Ressalte-se, a esse respeito, que, recentemente, Dias Toffoli, relator de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 779) – a qual acabou por, finalmente, declarar inconstitucional a aplicação da tese da “legítima defesa da honra” em processos de feminicídio – pontuou, por ocasião de seu voto, que “é límpido que a chamada legítima defesa

¹²⁷IVÁNOVA, Adelaide. **O martelo**. Lisboa: Douda Correria, 2016.

¹²⁸ Prevê o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal, que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa (...)”

da honra não encontra qualquer amparo ou ressonância no ordenamento jurídico pátrio”¹²⁹.

Destacou o Ministro do STF, ainda, que “aquele que pratica feminicídio ou usa de violência, com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional de forma covarde e criminosa”. Para Dias Toffoli:

(...) a chamada “legítima defesa da honra” corresponde, na realidade, a recurso argumentativo /retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura de violência contra as mulheres no Brasil.

A ideia que subjaz à “legítima defesa da honra” - perdão do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira adúltera - tem raízes arcaicas no direito brasileiro, constituindo um ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988 (...)

Percebe-se, portanto, o anacronismo da ideia de legítima defesa da honra, a qual remonta a uma concepção rigidamente hierarquizada de família, na qual a mulher ocupa posição subalterna e tem restringida sua dignidade e sua autodeterminação. Segundo essa percepção, o comportamento da mulher, especialmente no que se refere à sua conduta sexual, seria uma extensão da reputação do “chefe de família”, que, sentindo-se desonrado, agiria para corrigir ou cessar o motivo da desonra (...)

Assim sendo, entendo que a Constituição garante aos réus submetidos ao tribunal do júri plenitude de defesa, no sentido de que são cabíveis argumentos jurídicos e não jurídicos – sociológicos, políticos e morais, por exemplo -, para a formação do convencimento dos jurados.

Não obstante, para além de um argumento atécnico e extrajurídico, a “legítima defesa da honra” é estratégia cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país.

De grande problemática também é a utilização dos estereótipos de gênero para o decote das qualificadoras subjetivas (motivação torpe e motivação fútil) no âmbito do rito especial do Júri, prática que igualmente não pode mais pela prática forense ser aceita.

Os estereótipos de gênero, ressalte-se, tem nefastas consequências, inclusive, no que diz respeito ao acesso à justiça por parte das vítimas de violência. Relembre-se, nesse ponto, o que dispõe a Recomendação Geral nº 33 do Comitê CEDAW¹³⁰:

26. Os estereótipos e os preconceitos de gênero no sistema judicial têm consequências de amplo alcance para o pleno desfrute pelas mulheres de seus direitos humanos. Eles impedem o acesso das mulheres à justiça em todas as áreas do direito, e podem ter um impacto particularmente negativo sobre as mulheres vítimas e sobreviventes da violência. Os estereótipos distorcem percepções e resultam em decisões baseadas em crenças e mitos preconcebidos em vez de fatos relevantes. Com frequência, juízes adotam rígidos estândares sobre comportamentos

¹²⁹ Trechos retirados do voto do Ministro Dias Toffoli, em sede de julgamento perante o Tribunal Virtual do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>.

¹³⁰ CEDAW. **Recomendação Geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça**. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres – Comitê CEDAW, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Convencoes/CedawRecomendacaoGeral33.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

que consideram apropriados para as mulheres, penalizando aquelas que não agem conforme esses estereótipos. Os estereótipos também afetam a credibilidade dada às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, quer como partes, quer como testemunhas. Esses estereótipos podem levar juízes a mal interpretar ou aplicarem as leis. Isso tem profundas consequências, por exemplo, no direito penal, quando resulta que perpetradores de violações a direitos das mulheres não sejam considerados juridicamente responsáveis, mantendo-se assim uma cultura de impunidade. Em todas as áreas do direito, os estereótipos comprometem a imparcialidade e integridade do sistema de justiça, que podem, por sua vez, levar à denegação da justiça, incluindo a revitimização de denunciante¹³¹”

Além de tudo o quanto exposto, não pode deixar de se destacar, por fim, mesmo que somente a título ilustrativo, a prática da utilização, pela Administração Pública, de mecanismos burocráticos como instrumentos de dificuldade do acesso ao aborto legal, ou seja, da interrupção da gestação de mulheres vítimas de estupro.

Esse enxerto, pois, se justifica no fato de que, para além dos preconceitos de há muito relatados pelas mulheres que demandam tal procedimento, ainda ocorreu, no ano próximo passado (2020), um esforço, por parte do Ministério da Saúde, para dificultar o acesso das mulheres ao aborto legal, através do amedrontamento e da burocratização do procedimento.

Foi editada, por exemplo, a Portaria de nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, que passou a prever o “Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez”, composto de quatro fases, nas quais a vítima precisaria se submeter a relatar, detalhadamente, as circunstâncias em que ocorreu o crime (contendo o relato, inclusive, a forma de violência e a individualização dos autores). Para além disso, deveria assinar Termo de Responsabilidade, contendo “advertência expressa sobre a previsão dos crimes de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) e de aborto (art. 124 do Código Penal), caso não tenha sido vítima do crime de estupro”¹³¹.

Desse modo, pode-se sintetizar práticas (meramente exemplificativas, na medida em que não esgotam o rol de violações cometidas em detrimento das mulheres) que devem ser, por completo, expurgadas do cotidiano forense.

5.4 A necessidade de uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros

Nessa mesma esteira de indicação de mudanças comportamentais, faz-se mister

¹³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.282/2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em 07 mar. 2021.

abrir tópico próprio, dada a relevância do tema, para defender-se a necessidade de a adoção de uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal Brasileiros.

Toda a análise doutrinária que foi necessária para a confecção da presente produção acadêmica, indica no sentido de que é indispensável que haja uma profunda ruptura no processo de construção do conhecimento jurídico, com o fito de possibilitar a incorporação das especificidades de gênero na teoria que circunda a produção doutrinária nos campos do Direito Penal e do Processo Penal brasileiros.

Se a epistemologia pode ser definida como toda a noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições vitais para a constituição do conhecimento válido¹³², é a partir dela que poderá emergir alguma mudança.

Essa necessidade, aliás, é abordada com maestria na obra “Processo Penal Feminista”, de Soraia da Rosa Mendes, que encerra sua produção com “Uma Palavra sobre Ciências Criminais e uma Epistemologia Jurídica Feminista Interseccional Descolonial”¹³³.

Para Soraia da Rosa, chegou a hora da Teoria Feminista iniciar o caminho para retirada das pedras que nos têm impedido de sequer ousar pensar no processo penal. Segundo ela, é o momento de demonstrar que a existência de subjetividades, diferentemente do mero reducionismo punitivista, reflete a emergência de vozes silenciadas por epistemologias colonizadoras¹³⁴.

Essa perspectiva, portanto, muito pode contribuir para que supere-se a lógica em que, ainda hoje, são interpretados e aplicados o Direito Penal e Processual Penal. Se tudo que os homens escreveram sobre nós, como já dito na presente produção acadêmica, há de ser tido com alguma suspeição, devem as mulheres ocuparem, cada vez mais, posição ativa na elaboração de conhecimento científico no que tange às citadas áreas de conhecimento, especialmente sob o viés da epistemologia jurídica feminista.

O labor da liberdade é um trabalho constante e uma obra jamais acabada. Assim também o é o Direito, zelosamente consciente de que existe para um mundo em constante mudança e para uma empreitada inatingível. Embora imprescindível reconhecer a maravilha dos avanços e conquistas já incorporados à vida jurídica brasileira, o olhar cuidadoso do jurista e do formulador de política criminal deve preferir atentar sempre àquilo que ainda cumpre conquistar, ao que ainda pode ser aprimorado, de modo a jamais cometer o grave equívoco de se sentir confortável enquanto ainda houver injustiças a corrigir.

¹³² SANTOS, Boaventura de Sousa. MENEZES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 15.

¹³³MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

¹³⁴MENDES, Soraia da Rosa. *op. cit.*, p. 163.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caminha-se para a conclusão do presente trabalho acadêmico com o reforço daquela constatação firmada ainda no início: a Mulher foi, desde os primórdios da legislação penal brasileira, alvo de um regime que ora se presta a cristalizar e sustentar complexa e totalitária estrutura de dominação, ora a servir de instrumento de emancipação e de confirmação de vitórias obtidas através de séculos de luta feminina.

Todos os diplomas penais analisados, desde às Ordenações do Reino de Portugal ao Código Penal de 1940, acabaram por construir um retrato feminino que reforçava a dominação patriarcal e o controle impingido às mulheres ao longo da história brasileira. Práticas como a categorização feminina (diferenciação entre a mulher virgem, a mulher honesta e a mulher pública) estiveram presentes em todos os ordenamentos, assim como a tutela penal deficiente no que tange aos crimes em que apenas mulheres figuravam como sujeitos passivos e, ainda, institutos jurídicos nos moldes da chamada extinção da punibilidade pelo casamento.

Alterações significativas somente foram procedidas com o advento do Século XXI, e seu cenário propício às grandes rupturas, impulsionado pela emergência de diversos normativos de caráter internacional, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como em atenção ao novo paradigma fixado pela Constituição Federal de 1988, sem descuidar-se de ressaltar, ainda, o papel desempenhado pelo movimento feminista.

Nessa dinâmica, algumas inovações legislativas ganham mais destaque. Logrou-se em suprimir da legislação penal a explícita categorização feminina e outras marcas de misoginia fartamente explorados por ocasião da presente produção acadêmica (Lei nº 11.106/2005), bem como se fez advir o maior normativo de combate à violência baseada no gênero que se tem notícia (Lei nº 11.340/2006). Para além disso, significativa foi a alteração do paradigma quanto ao objeto tutelado no caso dos crimes sexuais, transformando-se os “Crimes contra os Costumes” em “Crimes contra a Dignidade Sexual” (Lei nº 12.015/2009). Reconheceu-se, ainda, o direito de nomeação ao crime contra a vida baseado em razões de sexo feminino (Lei nº 13.104/2015), e fixou-se os limites da disponibilidade ao alterar a natureza das ações penais nos chamados delitos sexuais (Lei nº 13.718/2018).

No entanto, considerando que, como já dito, o labor da liberdade é um trabalho constante e uma obra jamais acabada, ao tempo em que fora reconhecida a relevância dos avanços e conquistas já incorporados ao ordenamento penal brasileiro, não se olvidou de empreender esforços no sentido de extrair e indicar os pontos que ainda merecem atenção.

Desse modo, após a constatação das permanências que ainda impedem a igualdade real, conclui-se serem necessárias alterações sobre três vertentes: legislativa, estrutural e doutrinária.

No tocante à primeira vertente, apresentou-se, de maneira exemplificativa, duas sugestões de modificações. A primeira, diz respeito a necessidade de conversão da qualificadora do Femicídio em delito autônomo, porquanto, como abundantemente discutido, o Femicídio, por sua própria natureza, difere, substancialmente, do homicídio (devendo a lei refletir essa distinção). Já a segunda, circunscreve-se no âmbito da Lei Maria da Penha, que, não obstante seja um avanço sem precedentes, ainda carece de alterações.

Nesse ponto, constatou-se a necessidade de propor uma nova dinâmica para a concessão de medidas protetivas de urgência, em que o próprio Delegado de Polícia poderia, já de princípio, determinar o afastamento do agressor do lar, submetendo essa medida, somente após a sua efetivação, ao crivo, ratificação e homologação do Juízo competente. Saltou aos olhos, ainda, o ganho que representaria a criação de uma pena restritiva de direitos, no âmbito da lei Maria da Penha, que obrigasse o condenado a frequentar centros de educação e de reabilitação.

Igualmente são relevantes dois acréscimos, destacados quando do capítulo final desta produção, que poderiam ser procedidos no título III da Lei, denominado “Da Assistência à Mulher em situação de violência doméstica e familiar”, quais sejam: a obrigatoriedade de promoção de ações que visem à valorização de mulheres e meninas e a prevenção e combate à violência contra as mulheres, tais como a capacitação de trabalhadores da educação, campanhas educativas, identificação de manifestações violentas e de discriminação, e a implementação de prioridade para vítimas de violência doméstica em programas habitacionais.

Já no que diz respeito à segunda vertente, qual seja, a estrutural, emerge a necessidade de tratar graves chagas que permeiam o cotidiano forense criminal no Brasil: a perpetuação de teses defensivas de natureza misógina e a revitimização de que padecem as mulheres vítimas de violência.

Nesse sentido, é urgente o abandono de práticas como a revitimização de que padecem as mulheres ao buscarem a tutela jurisdicional, bem como o resgate à legítima defesa

da honra, violenta emoção e relevante valor moral, além da utilização de estereótipos de gênero para sustentar o decote de qualificadoras subjetivas, tudo corriqueiro no âmbito do julgamento de Femicídios tentados ou consumados, em sede do Tribunal Popular do Júri.

Por fim, da certeza de que o direito não se esgota na norma, se extrai a necessidade de pensar e construir uma Epistemologia Jurídica Feminista para o Direito Penal e Processual Penal brasileiros.

Não se pretende, por óbvio, sob pena da adoção de uma postura reducionista e punitivista, aduzir que a mulher vai atingir sua liberdade por meio do direito penal ou da criminalização de condutas, pelo que não se pode dispensar a estruturação de políticas públicas de natureza interdisciplinar e multisetorial como alternativa para o combate e enfrentamento à violência baseada no gênero.

Não obstante, também não se pode, sob esse pretexto, silenciar diante da constatação da abusividade do tratamento jurídico penal conferido às mulheres ao longo dos anos, tão pouco descurar-se de apontar os pontos em que ainda se pode avançar.

Dessa maneira, cumpre-se a pretensão de contribuir para que o Direito Penal não seja mais um lugar de perpetuação de desigualdades, e, especialmente, para garantir uma tutela penal justa, integral e sem marcas de misoginia.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as Ordenações Manuelinas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 95, p. 19-32, 2000. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67454/70064>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 37/2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção de Belém do Pará; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera os Decretos-Lei nºs 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e dá outras providências.** Justificação. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159839&ts=1594018084791&disposition=inline>. Acesso em 26 fev. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 117/2003. **Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para suprimir o termo “mulher honesta”.** Justificação. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lg49tnwhrk575y0pjse2i4jo306498.node0?codteor=114145&filename=PL+117/2003. Acesso em 27 fev. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de nº 2560/2020. **Altera a redação do inciso II, do artigo 12-C da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar a concessão de medida protetiva de urgência, de ofício, pelo Delegado.** Justificação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0vsuymxxxv88fvvn7i5y9ex28869018.node0?codteor=1892474&filename=Tramitacao-PL+2560/2020. Acesso em 28 fev. 2021.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Brasil, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 maio 2020.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil.** Brasil, 16 dez. 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 02 maio 2020.
- BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.** Brasil, 11 out. 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 04 maio 2020.
- BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do**

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 23 fev. 2021. Acesso em 23 fev 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.282/2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em 07 mar. 2021.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 292/2013. **Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio.** Justificação. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&ts=1593999327445&disposition=inline>. Acesso em 22 fev. 2021.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 4.196/2020. **Dá nova redação ao crime de feminicídio e o considera como crime autônomo.** Justificação. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0tolugy4anf6n1cdjl1wxywpgj9441580.node0?codteor=1922845&filename=PL+4196/2020. Acesso em 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 21.129-BA**. Relator: Rel. Min. Gilson Dipp. j. em 06.08.02. DJU 16.09.02, p. 212.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 388**. O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção. Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1586>>. Acesso em 05 fev. 2021.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 128. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/publico/Mariana_Guimaraes_Rocha_da_Cunha_Bueno_ME.pdf. Acesso em: 23 jan. 2021.

CEDAW. **Recomendação Geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça**. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres – Comitê CEDAW, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Convencoes/CedawRecomendacaoGeral33.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. Feminicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 7, nº 1, p. 103-115, janeiro-junho 2015, p. 105. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/20275>. Acesso em: 21 fev. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha**. In: Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Bruna Santos; DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. **Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 114, maio-junho, 2015.

COSTA, Vivian Chierigati. **Codificação e Formação do Estado Nacional Brasileiro: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência**. 2013. p. 81. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Culturas e Identidades Brasileiras, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/publico/Dissertacao_VivianCosta.pdf. Acesso em 01 mar. 2020.

GARCETE, Carlos Alberto. **O Feminicídio deve ser reconhecido como crime autônomo?**. Disponível em: <http://oabms.org.br/artigo-o-feminicidio-deve-ser-reconhecido-como-crime-autonomo-carlos-alberto-garcete/>. Acesso em 05 mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Editora Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 8, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

HUNGRIA, Nelson e LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**, Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

HUNGRIA, Nelson. LACERDA, Romão Côrtes. FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Comentários ao Código Penal**, vol. 8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

IVÁNOVA, Adelaide. **O martelo**. Lisboa: Douda Correria, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, v. 3, São Paulo: Saraiva, 1999.

LOVELACE, Amanda. **A Bruxa não vai para a fogueira neste livro**. Tradução de Izabel Aleixo. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

MAIA, Maria da Penha. **Sobrevivi... Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

MARCÃO, Renato. **Lei nº 11.106/2005: novas modificações ao Código Penal brasileiro**. Jus Navegandi, 04/2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6603/lei-n-11-106-2005>. Acesso em: 23 fev. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

MURARO, Rose Marie. **Libertação Sexual da Mulher**. Petrópolis: Vozes, 1975.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1983.

NORONHA, Edgard Magalhães, **Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 2ª ed.

PEREIRA, Rosana Lopes. **As Mulheres e o Crime: a lei como mantenedora das relações de gênero**. In: III Seminário de História e Contemporaneidades. 2018, Crato. **Anais**. Crato: Urca, 2018. p. 1-2. Disponível em: <https://even3.blob.core.windows.net/anais/83677.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

PINTO, Luciano Rocha. **Moral e religião no código criminal imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração**. In: XXVII Simpósio Nacional de História. 2011, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Anpuh, 2011. Disponível em: [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligioaoCodigoCriminalImperial\(anpuh2011\).pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligioaoCodigoCriminalImperial(anpuh2011).pdf). Acesso em: 03 maio 2020.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em: 24 abril 2020

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 30 abril 2020

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 30 abril 2020

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 26 abril 2020

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17841>. Acesso em: 26 abril 2020

RAMOS JUNIOR, A. **Commentario ao Código Criminal Brasileiro**. 1875.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MENEZES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Giovanna Aparecida Schittini dos. **Relações de Gênero no Livro V das Ordenações Manuelinas (Portugal - Século XVI)**. In: XXVII Simpósio Nacional de História. 2011, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Anpuh, 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308180091_ARQUIVO_comunicacao_giovanna_anpuh2011.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. **Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito**. Consultor Jurídico, 04 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em: 23 fev. 2021.

SILVA, Maria Joana Corte-real Lencart e. **A Mulher nas Ordenações Manuelinas**. *Revista de História*, Porto, p. 59-79. 1993. Disponível em:

<https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6384.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SILVA, Tatiana Mareto. **O que a vigência do artigo 1520 do Código Civil diz sobre a percepção do estupro?**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6290, 20 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56710>. Acesso em: 31 jan. 2021.

SILVA, Thales Sousa da. **A Ação Penal Pública Incondicionada nos Crimes contra a Liberdade Sexual: uma análise das alterações promovidas pelo art. 1º da Lei nº 13.718/2018 sob a óptica do paradigma vitimológico contemporâneo**. 2020. 79 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14267/1/Thales%20Silva%2021486668%281%29.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou o completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003.

Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496211>. Acesso em: 30 abril 2020.

SOUZA, Jaime; BRITO, Daniel; BARP, Wilson. **Violência doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil**. In: Teoria e Pesquisa. Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2009, p. 6. Disponível em:

<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/161/137>. Acesso em: 25 abr. 2020.

TINÔCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brazil anotado**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003. Disponível em

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496203>. Acesso em: 29 abril 2020.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 89, p. 11-67, 1994. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/69846>. Acesso em: 26 abril 2020.