

DE AMÉLIA A MARIA DA PENHA: A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL E DAS CONSTRUÇÕES JURÍDICAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DA MULHER

FROM AMÉLIA TO MARIA DA PENHA: THE EVOLUTION OF CRIMINAL LAW AND THE LEGAL CONSTRUCTIONS IN THE PROTECTION OF WOMAN'S SEXUAL RIGHTS

*Mayara Alice Souza PEGORER**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A mulher na legislação penal. 2 O estupro como exercício regular de direito. 3 A legítima defesa da honra. 4 Novos horizontes: a Lei Maria da Penha. Considerações finais. Referências.

RESUMO

A mudança de paradigmas envolvendo o papel da mulher nos contextos público e privado e os novos horizontes da moral sexual da sociedade trouxeram uma série de evoluções legislativas, inclusive em âmbito penal, fazendo com que a mulher passa-se de objeto a titular dos direitos sexuais. Nesse sentido, utilizando-se precipuamente do método científico histórico-dedutivo, o presente trabalho apresenta uma breve reconstrução desse percurso, partindo da análise da mulher na legislação penal, atendo-se ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, hoje intitulado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, para analisar duas construções jurídicas envolvendo a liberdade sexual feminina que ganharam notoriedade, quais sejam, o estupro como exercício regular de direito e o femicídio como legítima defesa da honra. Ao final, evoca a Lei n. 11.340/2006, a chamada “Lei Maria da Penha” ou “Lei da Violência Doméstica”, como um dos instrumentos mais importantes à proteção dos direitos sexuais da mulher, procedendo, contudo, a um estudo crítico quanto à adoção da transversalidade de gênero pela referida lei, concluindo tratar-se de um caminho ainda em curso.

* Advogada. Professora universitária. Mestranda em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bolsista da CAPES. E-mail: mayarapegorer@hotmail.com. Artigo submetido em 22/10/2013. Aprovado em 09/11/2013.

ABSTRACT: The paradigm shift involving the role of women in public and private contexts, and new horizons of sexual morals of society, brought a number of legislative developments, including in the criminal context, making the woman go from object to rights holder sex. In this sense, using primarily from historical-deductive scientific method, this paper presents a brief reconstruction of this journey, from the analysis of women in the criminal law, by adhering to the Title VI of the Special Part of the Criminal Code, now entitled “Of crimes against sexual dignity”, to analyze two legal constructions involving the sexual freedom that women have gained notoriety, rape as regular exercise and femicide law as legitimate defense of honor. At the end, evokes the Law n. 11.340/2006, the “Maria da Penha Law” or “Domestic Violence Act”, as one of the most important instruments for the protection of sexual rights of women, proceeding, however, a critical study on the adoption of gender mainstreaming by the law, concluding that it is a path still on going.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sexuais. Crimes contra a dignidade sexual. Estupro. Legítima Defesa da honra. Lei de Violência Doméstica. Transversalidade de gênero.

KEYWORDS: Sexual Rights. Crimes against sexual dignity. Rape. Legitimate defense of honor. Domestic Violence Act. Gender mainstreaming.

INTRODUÇÃO

Em 1941, Ataulfo Alves e Mário Lago compuseram um samba que descrevia o ideal de comportamento feminino da época, personalizado na figura de Amélia. “Ai que saudades da Amélia” exalta uma mulher sem vaidades, que passava fome ao lado de seu amado, achando “bonito não ter o que comer”; uma mulher doada ao lar e ao esposo, que deveria cumprir da melhor forma com seus “deveres conjugais”.

Tal alegoria, representante dos valores morais fomentados nesse contexto, pode ter seus reflexos encontrados em inúmeras passagens da legislação penal brasileira, bem assim nas próprias construções jurídicas, que impingiam à mulher um papel de resignação.

Essa situação é ainda mais evidente quando em análise o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, vez que à mulher não era dada a prerrogativa de postar-se como sujeito titular, mas objeto, devendo adequar-se às funções que lhe foram socialmente designadas, e sujeitando-se ao querer do marido.

Esse pensamento trouxe à baila inúmeras formas de violência contra a mulher, inclusive de caráter sexual, principalmente em âmbito doméstico. “Neste sentido, o próprio gênero acaba por se revelar uma camisa de força: o homem deve agredir, porque o macho deve dominar a qualquer custo; e a mulher deve suportar agressões de toda ordem, porque seu ‘destino’ assim o determina”. (SAFFIOTI, 2004, p. 85)

Com o desenvolvimento da moral social, envolvendo questões como a sexualidade e reprodução, em muito devido à própria evolução biotecnológica, e aos movimentos de liderança feminina, novos horizontes foram abertos, de maneira que a mulher passou a ocupar o posto de protagonista de sua própria vida e atora dos cenários privado e público, ainda lutando contra os resquícios da norma patriarcalista, para promover a igualdade substancial.

Nesse sentido, o presente trabalho justifica-se frente aos novos paradigmas estabelecidos, propondo-se outras bases axiológicas e exigindo uma reformulação legislativa para interpretação e aplicação efetiva de normas protetivas, inclusive em âmbito criminal, ao exercício da sexualidade feminina.

Assim, utilizando-se essencialmente do método científico histórico-dedutivo, parte de uma breve análise da mulher na legislação penal brasileira, atendo-se ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, hoje intitulado “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, passando a analisar duas construções jurídicas envolvendo a liberdade sexual feminina que ganharam notoriedade, quais sejam, o estupro como exercício regular de direito e o femicídio como legítima defesa da honra. Ao final, evoca a Lei n. 11.340/2006, a chamada “Lei Maria da Penha” ou “Lei da Violência Doméstica”, como um dos instrumentos mais importantes à proteção dos direitos sexuais da mulher, procedendo, contudo, a um estudo crítico quanto à adoção da transversalidade de gênero.

Antes, impõe-se esclarecer a escolha na utilização do termo “femicídio”, em detrimento ao “homicídio”, empregado inclusive pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 121, que tipifica a ação de “matar alguém”. Trata-se de uma expressão utilizada por estudiosas feministas para designar a violência cometida contra indivíduos em razão de seu gênero feminino, amplamente analisada na obra “Femicide: the politics of woman killing”, de Jill Radford e Diana E. H. Russell. Nela, resta evidente a sexualidade como uma das formas de dominação sexista, sendo a cultura um importante mecanismo de perpetuação destas práticas, inclusive no âmbito doméstico.

1 A MULHER NA LEGISLAÇÃO PENAL

A legislação brasileira nutriu em seu bojo uma essência patriarcalista, alçando o homem como centro e a mulher como objeto de proteção. A mesma lógica quando se teve em pauta a liberdade sexual, tratada para com a mulher sempre sob o viés negativo, isto é, a proteção contra sua violação, priorizando-se o combate a abusos e explorações sexuais (um não fazer), e não como uma liberdade positiva, ou seja, liberdade de pleno exercício da sexualidade (um fazer).

Trata-se de um processo de construção histórica valorativa, em que a legislação reflete o ideário social, servindo de mecanismo para a manutenção da abjeção feminina e imposição dos “papéis de gênero”, haja vista a divisão de competências impostas pelo patriarcalismo, relacionando como “valores femininos” tudo aquilo relativo à proteção da vida e da natureza, enquanto “valores masculinos”

são o relativo à busca de segurança, processo tecnológico e poder (MURARO, 2007, p. 35); enquanto o homem é para o público, a mulher é para o privado.

Quando se tem em análise o adultério, por exemplo, nota-se a diferenciação entre a previsão para com homens e mulheres nas legislações brasileiras durante a história. Margarita Ramos (2012) narra que durante o período das Ordenações Filipinas, o Código Filipino, de inspiração inquisitorial, trazia em seu Título XXXVIII do Livro V, denominado “Do que matou sua mulher, pô-la achar em adultério”, a prerrogativa do homem em matar sua esposa infiel e o adúltero, sofrendo a sanção de extradição por período determinado, única e exclusivamente quando o amante fosse pessoa de melhor nível socioeconômico que o seu.

Seguindo, a autora traz o primeiro Código Penal Brasileiro, de 1830, vigente pós independência. Nele, não se confere mais ao marido a prerrogativa de matar sua “esposa adúltera”, impondo-se pena e estendendo a titulação ativa também ao homem. Contudo, o tratamento continua a ser diferenciado, na medida em que, para que houvesse sua caracterização, era necessária a comprovação de uma relação duradoura por parte do homem, haja vista a naturalidade com que se tratava a manutenção de relações extraconjugais pelo mesmo, desde que efêmeras; já para a mulher, a presunção de seu cometimento era o suficiente para a configuração do crime.

Ainda que essa moral social tenha evoluído, como dito anteriormente, e delitos como o adultério tenham sido abolidos (no Brasil pela lei 11.106/05, mas cuja incidência já estava em desuso, pelo princípio penal constitucional da adequação social), o posicionamento dos Estados continua conservadora, encontrando entraves à livre discussão e constância dos direitos sexuais de titularidade feminina mesmo em documentos internacionais, a exemplo da própria Plataforma de Pequim, fruto da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995) e um dos movimentos ícones na luta pelos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, mas que, segundo Mattar (2008, p. 72), não manteve a expressão “direitos sexuais” em sua versão final (ainda que versasse sobre o exercício da sexualidade feminina¹), principalmente pela ação da Igreja, também não estando presentes termos como “orientação sexual” e “lésbicas e gays”.

Partindo-se a uma análise da proteção dos direitos sexuais da mulher na legislação penal brasileira, nota-se como reflexo do sistema conservador instaurado uma preocupação em posicionar a mulher sempre como vítima, o que caminha paralelamente a uma legislação civil que busca a manutenção do poderio patriarcal.

A grande preocupação do direito era limitar a mulher na sua capacidade cível, no seu poder patrimonial, na sua educação, e, de forma geral, no seu poder de decisão no seio social e familiar. E essa limitação cabia ao Direito

¹ “96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência”. (ONU, Plataforma de Pequim, 1995)

Civil. Já para o Direito Penal, a preocupação era mínima, pois as mulheres, como regra, representavam o papel de vítima. Um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem, sujeito ativo, dominador e perigoso. (MELLO, 2010, p. 138)

Assim, com as mudanças promovidas nesse campo legislativo, resta evidente a evolução do papel feminino e dos horizontes protetivos, a iniciar pela própria nomenclatura do Título VI, Parte Especial do Código Penal, alterada de “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual” pela Lei n. 12.015/2009.

Anteriormente, por exemplo, o artigo 107, incisos VII e VIII do Código Penal, dispunha como causas de extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima ou desta com terceiro nos “crimes contra os costumes” se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento da ação penal, sendo tais dispositivos revogados pela Lei 11.106 de 28 de março de 2005.

Em análise ao referido Título VI, muitas foram as previsões envolvendo a sexualidade feminina, a começar pelo artigo 213, que até o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, trazia como estupro o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, restringindo o sujeito ativo ao homem (crime de mão-própria) e passivo à mulher, e deixando de abranger, por exemplo, as relações homossexuais.

Após, teve seu tipo “incorporado” ao delito de atentado violento ao pudor, passando a tutelar sob a denominação de estupro a liberdade sexual de qualquer indivíduo, independentemente de sexo, gênero ou orientação afetivo-sexual.

Da mesma forma, possuía proteção específica à mulher no artigo 231 do Código Penal com a tipificação do “tráfico de mulheres” para fins de prostituição, sendo sua redação alterada pela Lei 11.106/05 e, posteriormente, Lei 12.015/09, passando finalmente a constar o tipo como “tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual” e como sujeito passivo qualquer pessoa (“alguém”).

Outra situação era a utilização de expressões valorativas de designação da mulher que seria considerada sujeito passivo do delito, o que acabava restringindo o âmbito de proteção. Sua incidência pode ser exemplificada já no Código Penal de 1830, cujo Capítulo II denominava-se “Dos crimes contra a segurança da honra”, e trazia em seu artigo 219 o defloramento de “mulher virgem” e, no artigo 222, a manutenção de cópula carnal por meio de violência ou ameaças contra “mulher honesta” (que poderia ter sua pena diminuída caso a mulher fosse “prostituta”).

O mesmo aconteceu no Código Penal Republicano de 1890 que, em várias passagens de seu Título VIII (“Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”) reporta-se a estas

expressões. Um bom exemplo é a redação do artigo 268, que traz como delito “Estuprar *mulher virgem ou não, mas honesta*”, mantendo a diminuição de pena em seu §1º caso a mulher fosse “pública ou prostituta”.

Essa prática foi mantida no Código Penal de 1940, como no caso do delito de posse (hoje, violação) sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal), que até o advento da Lei 12.015/09 também trazia somente a mulher como sujeito passivo, preservando sua sexualidade e que, até a alteração provocada pela Lei 11.106/05, exigia para sua configuração o cometimento em desfavor de “mulher honesta”.

A mesma expressão foi empregada no tipo “raptor violento ou mediante fraude”, previsto no artigo 219 revogado pela Lei 11.106/05, que previa o rapto de “mulher honesta”, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso.

Note-se que a efetiva análise do uso da honra como qualidade feminina ou masculina será realizada mais adiante, quando em estudo do emprego da legítima defesa da honra. Por ora, deve-se ter em pauta tratar-se de critério subjetivo refletor da moral social da época, restringindo à mulher um comportamento sexual resignado, ilustrador da hierarquia sexista, e excluindo de sua incidência mulheres que não resguardavam os deveres de “fidelidade” ao *pater*, como as prostitutas, por exemplo.

Esse tipo de valoração também se encontrava no artigo 217 do Código Penal, também revogado pela Lei 11.106/05, que trazia o delito de sedução, tendo como sujeito passivo a “mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze)”, de maneira que o agente estivesse “aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

De toda forma, a supressão destas designações valorativas representa uma vitória para a luta da mulher por um reconhecimento igualitário, na medida em que retira a qualificação moral (subjetividade) como requisito caracterizador do tipo, e torna possível uma proteção mais abrangente da mulher em todas as suas especificidades.

A liberdade sexual é um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar. No crime de estupro [bem assim nos outros delitos previstos como crimes contra os costumes] não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa, menor etc. (BITENCOURT, 2009, p. 02)

Essa luta evolutiva também vem sendo travada nos tribunais, tendo em vista que muitas construções jurídicas passaram a incorporar a conservadora moral sexual da sociedade, refletindo a hierarquia masculina.

2 O ESTUPRO COMO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O primeiro exemplo de construção jurídica que coloca a mulher como objeto e não sujeito titular dos direitos sexuais é a concepção do estupro cometido pelo marido na constância do casamento como exercício regular de direito, posicionamento sustentado por grandes juristas das antigas escolas, tal como Nelson Hungria.

Para estes doutrinadores, o “débito conjugal” caracterizava-se como elemento justificador da ação marital. Essa prerrogativa era trazida pelo artigo 231, inciso II, do Código Civil de 1916 (hoje correspondente ao artigo 1.566, inciso II, do Código Civil de 2002), ao dispor serem deveres de ambos os cônjuges a vida em comum, no domicílio conjugal.

O jus in corpus, ou *debitum conjugale*, é considerado um “direito-dever” advindo do Direito Canônico que determina a prerrogativa sobre o corpo do cônjuge, relacionando-se à própria função do casamento de “legalizar” as relações sexuais. (DIAS, 2012)

Assim, apesar de não ter sua extensão especificada em lei, o débito conjugal abrangeria a cópula, de maneira que a manutenção de relações sexuais se caracterizaria como um verdadeiro dever, justificando eventual emprego de violência pelo homem em caso de negativa da mulher, situação em que estaria prezando por seu exercício regular de um direito.

Note-se que esse instituto perfaz-se como excludente antijuridicidade prevista no artigo 23, inciso II, do Código Penal, e, como tal, acoberta de licitude um fato típico.

Hoje, concentra-se na perspectiva de que o estupro tutela o bem jurídico da liberdade sexual, anteriormente de forma exclusiva à liberdade sexual da mulher (haja vista que, como dito, a lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009 “fundiu” os tipos de estupro e atentado violento ao pudor, estendendo sua abrangência passiva), “ou seja, a faculdade que tem a mulher de escolher livremente seu parceiro sexual, podendo recusar inclusive o próprio marido, quando assim o desejar”, uma vez que o dito “débito conjugal” não assegura ao marido ou companheiro tal prerrogativa, mas sim tão somente a de mote para requerer o fim da sociedade conjugal, descaracterizando-se o que se costumava alegar antigamente como um exercício regular de direito. (BITENCOURT, 2009, p. 01-02)

Por isso, deve se ter em perspectiva que o casamento funda-se no *affectio maritalis*, um vínculo de afeto existente entre duas pessoas, que fundamenta a vontade de empreender uma vida conjugal. Em consequência, a recusa ou a impossibilidade na manutenção de relações sexuais por quaisquer dos cônjuges não justifica uma atuação coativa do outro, mas, eventualmente, um motivo para o término do casamento.

Este é o posicionamento assumido de forma pacífica pela hodierna doutrina e jurisprudência (a exemplo de decisão proferida na Apelação Crime nº 70009102377, pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve

como Relator o Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, e julgamento em 29/09/2004), de forma que a configuração do crime de estupro independe da situação marital entre sujeitos ativo e passivo, devendo estar presentes somente os requisitos presentes no tipo.

Decerto, torna-se possível a interpretação extensiva às situações de união estável entre os agentes, porquanto a própria Constituição em seu artigo 226, §3º, tenha lhe conferido o reconhecimento de entidade familiar e, por conseguinte, a proteção estatal, passando a gerar os mesmos direitos que o casamento, inclusive em caráter sucessório. Portanto, admite-se a prática de estupro contra companheira (desde, como sublinhado anteriormente, presentes todos os requisitos presentes no tipo penal), não configurando a prática forçada de relações conjugais na constância da união estável um exercício regular de direito.

3 A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Outro exemplo de manobra de defesa utilizada em situações de violência contra a mulher, mas que, diferentemente da situação anterior, ainda guarda algumas divergências, é a chamada tese da “legítima defesa da honra”, que ganhou maior notoriedade quando sustentada pelo advogado Evandro Lins e Silva no caso envolvendo o assassinato da modelo Ângela Diniz por seu namorado, Doca Street, em 1976.

No episódio, Raul Fernandes do Amaral Street, conhecido por Doca Street, matou Ângela Diniz após três meses de uma relação conturbada. Na ocasião, ela o teria mandado sair de sua casa em Cabo Frio, Rio de Janeiro, após uma discussão (supostamente em razão de Ângela ter convidado uma outra moça para manter relações com ela e Doca) e ele, após ter arrumado suas malas e as colocado no carro, voltou munido de uma “Bereta” e a perseguiu até o banheiro, onde a matou com vários tiros na face e no crânio.

Na ocasião, a estratégia utilizada no Tribunal do Júri foi desqualificar a vítima, focando-se em sua “conduta imoral” e no “amor” do agressor, que queria ser o único a “possuir sua amada”. Nas palavras do próprio Lins e Silva (1997, p. 428):

Sim, mostrei que a dignidade dele tinha sido ofendida por vários atos praticados por ela. A infidelidade, os insultos, as revelações que lhe fazia. No dia do fato, aquela questão da alemãzinha, que ela tentava conquistar. Quer dizer, ele com aquele sentimento de puro amor, querendo um casamento... Nas explicações que ele deu, mostrava que tinha dois filhos de uma antiga ligação e de um casamento anterior, o que revelava a pureza na relação com a mulher por quem se apaixonava. Ele tinha esse estado de espírito, e ela tinha uma concepção de vida diferente, liberada inteiramente. [...]

Em um primeiro julgamento, Doca fora condenado a dois anos, logo beneficiado com *sursis* (suspensão condicional da pena). Contudo, ao atribuir à vítima os motivos que levaram a uma reação tão drástica por parte do agressor, gerou-se uma comoção social encabeçada pelo movimento feminista em uma campanha que ficou conhecida como “Quem ama não mata”, opondo-se a inúmeros jornalistas e advogados conservadores e marcando o início da mudança de perspectiva no tratamento das mulheres. (BLAY, 2008, p. 39-49)

Assim, ante a apelação do Ministério Público e realização de novo Júri, o Réu foi condenado a 15 anos de prisão.

Ao traçar uma análise comparativa entre a expressão “mulher honrada”, anteriormente utilizada na legislação penal, e a ideia de honra aplicada ao homem na lógica da legítima defesa, ficam claras as “regras do jogo social”, sempre resultantes em uma situação hierárquica: naquele, a honra simboliza a resignação (em prol ao *pater*); neste, a honra é traduzida pela dominação (exercida pelo *pater*).

Em seu estudo, Margarita Ramos (2012), reconstruindo o processo histórico-discursivo da legítima defesa da honra no Brasil, demonstra que a concepção de honra da mulher sempre esteve ligada à manutenção da virgindade com relação ao pai e, casada, com a manutenção da fidelidade para com o marido, além de importar aos laços sanguíneos. Esse foi o pensamento dominante no Brasil colônia e, depois, no período imperial:

Dessa forma, cabia à mulher, através de sua castidade e fidelidade, sustentar a legitimidade do sangue, já que esse era um fator importante para dizer da honorabilidade tanto de seu pai quanto de seu marido. A infidelidade feminina era, portanto, perigosa por duas razões: a primeira seria a desonra do pai ou do marido perante a sociedade e a segunda seria o risco de essa traição trazer para o seio familiar filhos estranhos, ilegítimos. Outra maneira de manter a aristocracia do sangue era a restrição dos casamentos endogâmicos, ou seja, apenas entre os membros da mesma classe.

[...] *A honra estava, então, intimamente entrelaçada aos laços familiares e ao poder; a ela estavam vinculados a hierarquia da descendência, a castidade e o valor social.* [...] (RAMOS, 2012, grifo nosso)

Assim, a honra vem servindo de justificadora da violência contra a mulher, chegando mesmo ao cometimento de feminicídios, desde as previsões legislativas correlatas à prática de adultério, conforme explanado inicialmente. O próprio Código Penal de 1940 trouxe em sua Exposição de Motivos como justificativa para a previsão do adultério um dever/direito de posse sexual, ao dispor que “o *exclusivismo* da recíproca *posse sexual* dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar”.

Ainda hoje, os crimes em desfavor de mulheres cometidos com motivação em separação, ciúme e suspeitas de adultério somam grande parte, chegando às

razões de ordem afetiva, segundo Eva Blay (2008, p. 83), a cerca de 50% dos casos noticiados de reação fatal do companheiro.

Não obstante, há autores que sustentam que, sendo a honra um atributo pessoal, individual, não se poderia falar em legítima defesa da honra do marido nos casos em que não houve coação ao cometimento de adultério pela esposa, por exemplo; nessas situações a única honra ofendida seria a da própria mulher, que foi de encontro à moral social ao optar por viver uma relação extraconjugal. Ao recorrer à morte, o agressor acaba alcançando efeito contrário ao supostamente desejado: ao invés de “lavar sua honra”, acaba tornando pública a conduta do outro cônjuge.

Essa lógica acaba se aproximando do dado trazido por Luiza Nagib Eluf (2013, p. 221-222) de que a maioria dos homicidas passionais confessa seu crime, mostrando à sociedade o exercício de seu direito de posse através da eliminação física e, assim, recobrando o “respeito” que acreditava ter perdido.

Ademais, deve se ter em pauta que, além da subjetividade que permeia a noção de moral, existem requisitos necessários à configuração da legítima defesa e, por conseguinte, da exclusão da antijuridicidade, elencados no artigo 25 do Código Penal. Dentre eles, encontra-se o uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão. Dessa forma, questiona-se: o femicídio (ou sua tentativa) poderia ser considerado um meio necessário? Haveria moderação na conduta do agressor (que deixou de buscar o divórcio e, anteriormente, a separação)?

Essas duas argumentações foram tratadas em decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial n. 1.517-PR, julgado em 11/03/1991, pela 6ª Turma, com relatoria do Ministro José Cândido, ocasião em que, de forma não unânime, decidiu-se pela cassação da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, com base na tese da legítima defesa da honra.

Contudo, mesmo hodiernamente a legítima defesa da honra continua sendo utilizada como argumento para pleitear a absolvição ao Tribunal do Júri. Em breve pesquisa realizada em alguns tribunais brasileiros, pode-se constatar sua suscitação como mote de defesa, inclusive para pedido de absolvição sumária, que vem sendo negado em sua maioria não pela dúvida na subsistência da construção jurídica (neste sentido, releva-se a decisão emitida no Acórdão n.663600, 20090510070238RSE, Relator Ministro Humberto Adjuto Ulhôa, da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Julgamento em: 21/03/2013, Publicado no DJE em: 25/03/2013), mas pela inexistência de prova segura e incontroversa da incidência da excludente (a exemplo das decisões exaradas nos Recurso em Sentido Estrito nº 70041261082, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 08/06/2011, e Recurso em Sentido Estrito n. 0025051-72.2010.8.26.0451, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Ministro Luiz Antonio Cardoso, Julgado em: 22/01/2013).

Adotando posicionamento mais radical, ao analisar a impossibilidade de utilização da tese da legítima defesa da honra Luiza Nagib Eluf (2013, p. 223) traz a

viabilidade de intervenção do juiz presidente do Tribunal do Júri, advertindo o advogado de defesa e esclarecendo os jurados da inadmissibilidade da argumentação por incitar à discriminação de gênero, atentatória ao direito constitucional da equidade.

De qualquer forma, uma vez afastada a incidência da legítima defesa da honra, continua-se a arguir o chamado homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º, do Código Penal atual² que, embora atenua a pena, não deixa a ação impune, como acontecia com o perdão dado ao *femicida* em razão da “perturbação dos sentidos e da inteligência”, presente no artigo 27, §4º do Código Penal de 1890³.

Sua configuração também é questionada por Eluf (2013, p. 215-216): inicialmente, por não haver compatibilidade entre emoção, conforme descrito no tipo, que se refere a uma “reação súbita e passageira”, e paixão, realmente incidente, que se caracteriza como um “estado crônico, duradouro, obsessivo”, típico da ação premeditada. Somando-se a tanto, a autora salienta a ausência de “provocação” da vítima em várias situações, como quando no único intento de romper o relacionamento ou frente a críticas ao companheiro ou namorado.

Enfim, nota-se tratar de construções que norteiam a subjetividade, envolvendo conceitos de carga valorativa como “honra” e “injusta provocação”, e cuja caracterização deve ser avaliada de forma criteriosa, questionando sua instrumentalização como subterfúgio ao cometimento impune de violência contra a mulher.

4 NOVOS HORIZONTES: A LEI MARIA DA PENHA

A lei n. 11.340/2006, também chamada de Lei Maria da Penha ou Lei da Violência Doméstica, marca a história brasileira como a primeira legislação a mencionar de forma explícita a proteção dos direitos sexuais da mulher, ao definir em seu artigo 7º, inciso III, a violência sexual⁴.

Sua importância deriva também do contexto gerador de sua formulação, colocando Maria da Penha como símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica, haja vista ter sido vítima de duas tentativas de femicídio cometidas por seu então companheiro, em 1983, uma com o disparo de tiros enquanto ela dormia e outro com a tentativa de eletrocutá-la, além das inúmeras agressões sofridas, culminando por deixá-la paraplégica. Como mesmo com a condenação pelo Tribunal

² “§1º. Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

³ “Art. 27. Não são criminosos: [...] § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no acto de commetter o crime;”

⁴ “III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”.

do Júri o agressor valeu-se de sucessivos recursos para se manter em liberdade, as entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) levaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), resultando, em 2001, em uma condenação inédita do Estado brasileiro.

Assim, Maria da Penha passa a representar um novo paradigma de mulher que, apesar de ter sofrido com as ações do companheiro, não assume um papel de resignação ou vê no casamento a “cura para todos os males”, mas luta pela punição de seu agressor e pela igualdade no seio familiar.

A Lei “Maria da Penha” simboliza o fruto de uma exitosa articulação do movimento de mulheres brasileiras: ao identificar um caso emblemático de violência contra a mulher; ao decidir submetê-lo à arena internacional, por meio de uma litigância e do ativismo transnacional; ao sustentar e desenvolver o caso, por meio de estratégias legais, políticas e de comunicação; ao extrair as potencialidades do caso, pleiteando reformas legais e transformações de políticas públicas; ao monitorar, acompanhar e participar ativamente do processo de elaboração da lei relativamente à violência contra a mulher; ao defender e lutar pela efetiva implementação da nova lei. (PIOVESAN, 2012, p. 314)

Nesse sentido, Mello (2010, p. 143-146) direciona suas críticas ao fenômeno da perda da impessoalidade da lei frente à imposição de um nome próprio para designação, levando a um Direito Penal simbólico, instrumentalizado por veículos como a mídia, a fim de atender “às manifestações de grupos políticos ou ideológicos quando desejam declarar determinados valores ou repudiar determinadas atitudes consideradas lesivas aos seus interesses”, no caso da referida lei, a promoção do equilíbrio na relação doméstica.

Estar-se-ia, portanto, olvidando-se do caráter mínimo do Direito Penal, além de promover o estereótipo dos agentes envolvidos, principalmente ao tratá-los na lei com as expressões “agressor” e “ofendida”.

Outrossim, algumas questões acerca de sua (in)constitucionalidade foram aventadas, passando à apreciação em Ação Direta de Constitucionalidade n. 19-3/610, proposta pelo Presidente da República, por meio do Advogado Geral da União, quanto a seus artigos 1º, 33 e 41, e Ação Direta de Constitucionalidade de Inconstitucionalidade n. 4424, proposta pela Procuradoria-Geral da República, com relação aos artigos 12, inciso I, 16 e 41. Nelas, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a Lei n. 11.340/06, ratificando não caber seu julgamento pelos Juizados Especiais, bem assim ser a ação penal independente de representação da vítima, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição, na perspectiva do artigo 226, §8º.

Importante destacar a relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade de representação da vítima quando se tem em pauta a ambiguidade da conduta feminina quanto à perseguição de seu agressor, haja vista a ligação estabelecida entre esses agentes:

Em primeiro lugar, trata-se de uma relação afetiva, com múltiplas dependências recíprocas. Em segundo lugar, raras são as mulheres que constroem sua própria independência ou que pertencem a grupos dominantes. Seguramente, o gênero feminino não constitui uma categoria social dominante. Independência é diferente de autonomia. As pessoas, sobretudo vinculadas por laços afetivos, dependem umas das outras. Não há, pois, para ninguém, total independência. [...]

Em terceiro lugar, na maioria das vezes, o homem é o único provedor do grupo domiciliar. Uma vez preso, deixa de sê-lo, configurando-se um problema sem solução, quando a mulher tem muitos filhos pequenos, ficando impedida de trabalhar fora. Entre outras razões, cabe mencionar, em quarto lugar, a pressão que fazem a família extensa, os amigos, a Igreja etc., no sentido da preservação da sagrada família. Importa menos o que se passa em seu seio do que sua preservação como instituição. (SAFFIOTTI, 2004, p. 87-88)

Assim, a par de eventuais críticas e questionamentos de constitucionalidade suscitados, quando se analisa textualmente a lei n. 11.340/2006, passa-se a enxergar uma série de inovações.

Segundo Flávia Piovesan (2012, p. 310-312), estas se perfazem em sete: (1) *a mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher*, saindo de infração de menor potencial ofensivo de competência dos juizados especiais criminais para adquirir *status* de violação de direitos humanos; (2) *a incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher*, considerando sua situação peculiar; (3) *a incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar*, envolvendo diversos órgãos do Poder Público para uma atuação abrangente; (4) *o fortalecimento da ótica repressiva*, proibindo-se práticas como a substituição de pena que implique pagamento isolado de multa; (5) *a harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará*, inclusive com a ampliação do conceito de violência contra a mulher; (6) *a consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual*; (7) e o estímulo à *criação de bancos de dados e estatísticas*.

Contudo, uma análise criteriosa trazida por diversos pesquisadores apontam a não incorporação efetiva da transversalidade de gênero às políticas públicas oriundas da legislação em apreço.

Neste diapasão, torna-se necessário compreender a transversalidade de

gênero ou, em sua expressão original, “gender mainstreaming”, como uma estratégia de ação (presente na IV Conferência Mundial das Mulheres em Beijing, de 1995, e cuja definição foi formulada pelo Conselho Econômico e Social da ONU em sua conclusão acordada em 1997) que determina a necessidade de se analisar os impactos do exercício de políticas tanto para mulheres quanto para homens, isto é, uma análise prévia das responsabilidades e contribuições tanto de homens quanto de mulheres e seu potencial impacto para ambos antes da tomada de qualquer decisão em qualquer área de desenvolvimento social.

De posse desse conceito, constata-se que a lei n. 11.340/06 prioriza o caráter repressivo ao dito ofensor (como denomina sua Seção II, “Das Medidas Protetivas de Urgência que *Obrigam* o Agressor”), sem efetivamente listar mecanismos de transformação dos valores patriarcais disseminados, e referindo-se de forma genérica a sua orientação e reabilitação nos artigos 30 e 35, inciso V, além do acréscimo ao artigo 152 da Lei de Execução Penal. Ademais, nota-se também a dificuldade de implementação de programas com essa finalidade, principalmente em caráter preventivo, da mesma forma que ocorre com a instauração de serviços especializados de atendimento à mulher ofendida.

Chama-nos a atenção que a Lei, de certo modo, reconhece que para intervir no contexto da violência doméstica e familiar contra as mulheres, a partir da perspectiva de gênero, é preciso implementar ações que possam também incluir os homens. Porém as ações propostas apresentam duas lacunas: (a) não fazem nenhuma alusão explícita a trabalhos de promoção à saúde (ou promoção da equidade de gênero) com a população masculina, e (b) não há uma definição clara sobre a estrutura e organização dos centros de atendimento aos “agressores”, cuja finalidade, conforme a lei, é de “educação e reabilitação” (art. 35) ou “recuperação ou reeducação”. (DANTAS; MÉLLO, 2008)

Evidente que essa “recuperação” se dificulta desde o próprio processo de estigmatização do agente referido anteriormente, em muito resultante do poderio midiático, de maneira que acaba se buscando na punição uma forma vulgar de remediação do modelo sexista estabelecido, e deixando-se de buscar uma intervenção realmente abrangente e efetiva.

De qualquer forma, a Lei n.11.340/06 caracteriza-se como um passo importante à luta da mulher contra a violência doméstica e a favor da promoção da igualdade substancial, além de figurar como um modelo de transição paradigmática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher, principalmente de cunho sexual, configura-se como um mecanismo de manutenção da hierarquia sexista. Por conseguinte, impera a busca pela proteção de seus direitos sexuais de forma ampla, abrangendo não

somente a vertente negativa em que se centra a legislação penal (por óbvio em função do princípio basilar da legalidade), como também positiva.

Essa extensão importa em um tratamento equânime da mulher em todas as suas especificidades, tendo como parâmetro a diferença múltipla cultivada na sociedade cosmopolita, além da abolição de expressões/requisitos de caráter subjetivo, refletores de uma ultrapassada moral sexual da sociedade, como no caso das expressões “mulher honesta” e “mulher virgem”.

Do mesmo modo com relação às construções jurídicas que justificam um comportamento sexualmente agressivo do homem, exemplificadas neste trabalho com a questão do estupro como exercício regular de direito quando na constância do casamento (em analogia, também na união estável) e do femicídio como legítima defesa da honra.

De fato, apesar de algumas controvérsias que insistem em subsistir, principalmente com relação a este último caso (em que, por se tratar de crime de competência do Tribunal do Júri, envolve a opinião pública e sua concepção de honradez), acredita-se na impossibilidade de sua aplicação jurídica, porquanto servem de mote à perpetuação da violência doméstica.

É nesta seara que surge a Lei n. 11.340/06, popularizada como Lei Maria da Penha, cujas inovações simbolizam novos horizontes à luta feminina.

Contudo, não se pode conferir a ela todas as esperanças de erradicação da violência doméstica enquanto sua funcionalidade ficar restrita, pragmaticamente, ao âmbito punitivo. Daí a se falar na transversalidade de gênero como mecanismo de avaliação das políticas originadas, a fim de que se passe a investir no caráter reeducativo e reabilitador do agente e, com isso, atingir efetivamente as bases da estrutura hierarquizante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v.04: parte especial. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de mulheres e Direitos Humanos*. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2008.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 27 mai. 2013.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 27 mai. 2013.

_____. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 mai. 2013.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 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 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 23 mai. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito n. 0025051-72.2010.8.26.0451. Relator: Ministro Luiz Antonio Cardoso. Julgado em: 22 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Criminal. Acórdão n.663600, 20090510070238RSE. Relator: Ministro Humberto Adjuto Ulhôa. Julgado em: 21 mar. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70009102377. Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em: 29 set. 2004.

_____. Primeira Câmara Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 70041261082. Relator: Ministro Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em: 08 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n.1.517-PR. Relator: Ministro José Cândido. Julgado em: 11 mar. 1991.

DANTAS, Benedito Medrado; Mélllo, Ricardo Pimentel. *Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres*. Psicol. Soc., vol.20, n.spe, Porto Alegre, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Débito ou crédito conjugal?* 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/792>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus - casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Mizaél Bispo de Souza*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. FGV, 1997.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Sur: Rev. Int. Direitos Humanos* [online], v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Videre*, Dourados-MS, ano 2, n. 3, p. 137-159, jan./jun. 2010.

MURARO, Rose Marie. *História do Masculino e do Feminino*. Coleção Novo Mundo em Geração. Rio de Janeiro: ZIT, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Litigância internacional e avanços locais: violência contra a mulher e a lei “Maria da Penha”. In: _____. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296-316.

PLATAFORMA DE AÇÃO DE PEQUIM. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-pequim.pdf>>. Acesso em: 14 dez.2012.

RAMOS, Margarita Danielle. *Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres*. Rev. Estud. Fem., vol.20, n.1, Florianópolis, Jan./Apr. 2012.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 2 reimp. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

